



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

VANESSA BUSSOLO BRAND

**JUDICIALIZAÇÃO DA NOMEAÇÃO DE MINISTROS DE ESTADO NO BRASIL
PÓS 1988 À LUZ DA OTIMIZAÇÃO DO RISCO POLÍTICO**

Florianópolis
2021

VANESSA BUSSOLO BRAND

**JUDICIALIZAÇÃO DA NOMEAÇÃO DE MINISTROS DE ESTADO NO BRASIL
PÓS 1988 À LUZ DA OTIMIZAÇÃO DO RISCO POLÍTICO**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de Mestra em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira.

Florianópolis

2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Brand, Vanessa Bussolo
Judicialização da nomeação de Ministros de Estado no
Brasil pós 1988 à luz da otimização do risco político /
Vanessa Bussolo Brand ; orientador, Cláudio Ladeira de
Oliveira, 2021.
157 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós
Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Controle dos atos do Poder Executivo. 3.
Ativismo judicial e judicialização da política. 4.
Constitucionalismo de otimização e constitucionalismo de
precaução. 5. Constitucionalização do risco político. I.
Oliveira, Cláudio Ladeira de. II. Universidade Federal de
Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III.
Titulo.

VANESSA BUSSOLO BRAND

**JUDICIALIZAÇÃO DA NOMEAÇÃO DE MINISTROS DE ESTADO NO BRASIL
PÓS 1988 À LUZ DA OTIMIZAÇÃO DO RISCO POLÍTICO**

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof^a. Dra. Joana de Souza Machado
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Guilherme Soares
Procuradoria-Geral do Estado do Paraná

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de mestre em Direito.

Prof^a. Dra. Norma Sueli Padilha
Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira
Orientador

Florianópolis, 2021.

Aos meus pais e aos meus irmãos, pelo que sou e por toda a minha potencialidade de ser.

AGRADECIMENTOS

Um dos sentimentos mais intensamente presentes no encerramento desta etapa é, sem dúvidas, a gratidão a todos que contribuíram com a jornada dos últimos dois anos e meio. E, se as dívidas a este título não podem ser pagas simultaneamente à conclusão deste trabalho, devem ao menos ser reconhecidas.

À Universidade Federal de Santa Catarina, minha *alma mater*, por todo o conhecimento e experiências proporcionadas. Espero um dia poder retribuir de alguma forma pela fundamental colaboração na minha formação acadêmica, profissional e pessoal. Em especial, agradeço à Secretaria do PPGD/UFSC, na pessoa do estagiário Fernando Schneider Júnior pelo irretocável auxílio prestado aos estudantes do Programa neste período de pandemia.

Ao Professor Cláudio Ladeira de Oliveira, grande exemplo, amigo e responsável pela minha iniciação na pesquisa e orientação desde a Iniciação Científica e TCC até esta dissertação de mestrado, muito obrigada pela confiança, oportunidades e ensinamentos ao longo destes anos.

Ao Grupo de Estudos em Constitucionalismo Político da UFSC – Gconst, pelas profícuas discussões e eventos enriquecedores, no que não posso deixar de mencionar particularmente Igor Irani e Isaac Medeiros pelas contribuições a este trabalho.

Aos Professores Guilherme Soares, Joana de Souza Machado e Pedro de Menezes Niebuhr pela disposição em integrar a banca de defesa e a banca de qualificação e contribuir na reflexão crítica sobre este trabalho. Foi um enorme privilégio poder contar com a participação de referências tão qualificadas nesta jornada.

Aos escritórios de advocacia Mosimann-Horn e Menezes Niebuhr, pelo incentivo aos estudos, algo muito valioso para mim, cumulado à vivência da advocacia ao lado de profissionais tão competentes, agradecimento que faço nos nomes de Eliza da Silva e Michel Scaff Junior, respectivamente.

Aos amigos Kris Quadros, Thales Costa, Matheus Galembeck, Bruna Pasta, Luiza Becker, Luis Guilherme Ribeiro, Gianluca Moser, Letícia Ghisi, Fernanda Bononomi, Bruna Gracioli, Isadora de Fragas, Paulo Henrique Ribeiro, Júlia Feier, Larissa Bez, Murillo Preve, Marco Antonio Pascoalli, Débora Gerardi, Amanda Karol

Coelho, Marjorie Carvalho, Ellen Fernandes e Marcelo Kuntz, por toda a ajuda direta e indireta dos últimos meses.

À minha família, pelo amor, incentivo e compreensão incondicionais, não apenas nesta empreitada, mas sempre. Minha infinita e eterna gratidão ao meu pai Jair, minha mãe Evandete, minha irmã Valéria, meu irmão Wagner, Vicente, Leonida, Celito, Hermelina e Aline. Especialmente à Valéria, preciso registrar que sua companhia e suporte inabaláveis foram essenciais para trilhar o caminho até aqui – e de forma muito mais leve.

Ao Eduardo Decorte, Catarina e João, por tudo.

(...) sind die Irrtümer, welche aus Gutmütigkeit entstehen, gerade die schlimmsten.

Carl von Clausewitz

RESUMO

O presente trabalho examina a judicialização da nomeação de Ministros de Estado no Brasil no período pós 1988 à luz da constitucionalização e otimização do risco político. Parte-se de um acatamento das teorias de Adrian Vermeule de que as constituições se prestam a regular riscos decorrentes da alocação de poder entre as instituições e autoridades e de que a melhor forma de manejo destes riscos é a partir da sua otimização ao invés da sua precaução. O objetivo geral é identificar, no contexto de judicialização das escolhas do chefe do Poder Executivo Federal para cargos ministeriais em que foram cumpridas as exigências contidas no artigo 87 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a abordagem empregada nas decisões que, em última instância, determinaram ou não a suspensão dos efeitos dos atos de nomeação e identificar consequências destas escolhas no cenário político-jurídico brasileiro. Para tanto, é realizada uma investigação panorâmica bibliográfica e jurisprudencial sobre os temas controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário, ativismo judicial e judicialização da política, constitucionalização do risco político e as perspectivas precaucional e otimizadora de abordagem e, por fim, das principais decisões judiciais relativas às nomeações de Lula, Moreira Franco e Cristiane Brasil, que remetem aos anos de 2016, 2017 e 2018, respectivamente. Na sequência, é analisada a perspectiva de manejo dos riscos políticos adotada pelos tribunais quando de suas manifestações processuais e desdobramentos destes posicionamentos. Neste cenário, identifica-se que as decisões que entenderam pela possibilidade de suspensão dos efeitos dos atos de nomeação dos Ministros de Estado escolhidos pelos Presidentes da República, tanto no Supremo Tribunal Federal quanto em primeira instância, adotaram um viés mais precaucional dos riscos políticos, e incidiram nos problemas clássicos do constitucionalismo de precaução, especialmente a desconsideração de potencial criação ou majoração de riscos paralelos, o que faz concluir que decisões com viés mais otimizador e, portanto, melhor ponderadas, têm capacidade de produzir melhores frutos do que a simples tentativa de obstaculizar riscos fantasmagóricos.

Palavras-chave: Constitucionalização do risco político; constitucionalismo de otimização; constitucionalismo de precaução; nomeação de Ministros de Estado; controle judicial de atos administrativos; ativismo judicial e judicialização da política; Administração Pública.

ABSTRACT

The present work examines the judicialization of the appointment of Ministers of State in Brazil in the post-1988 period in the light of constitutionalization and optimization of political risk. It is based on an acceptance of Adrian Vermeule's theories that the constitutions are best understood as tools to regulate and manage risks arising from the allocation of power between institutions and authorities and that the best way to manage these risks is from their optimization rather than their precaution. The general objective is to identify, in the context of judicialization of the nominations of the chief of the Federal Executive Power for ministerial positions in which the requirements contained in Article 87 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 were fulfilled, the approach appointed in decisions that ultimately determined whether or not to suspend the effects of naming acts and identify consequences of these choices in the Brazilian political-legal scenario. Therefore, a panoramic bibliographic and jurisprudential investigation is implemented on the themes of control of Public Administration by the Judiciary, judicial activism and judicialization of politics, constitutionalization of political risk and the precautionary and optimizer perspectives of approach and, finally, of the main judicial decisions related to the nominations of Lula, Moreira Franco and Cristiane Brasil, which refer to the years 2016, 2017 and 2018, respectively. Next, the perspective of managing the political risks adopted by the courts in their procedural manifestations and consequences of these positions is analyzed. In this scenario, it is identified that the decisions that they understood by the possibility of suspending the effects of the acts of nomination of Ministers of State chosen by the Presidents of the Republic, both in the Supreme Court and at first instance, adopted a more precautionary approach to constitutional risk regulation, and fall in the classic problems of precautionary constitutionalism, especially the jeopardy of potential creation or increase of parallel risks, which leads to the conclusion that decisions with a more optimizing and therefore better weighted approach have the ability to produce better results than the simple attempt to avoid ghostly risks.

Keywords: Constitutionalization of political risk; optimizing constitutionalism; precautionary constitutionalism; appointment of Ministers of State; judicial control of administrative acts; judicial activism and judicialization of politics; Public Administration.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AM	Amazonas
AP	Ação Popular
AP	Amapá
CE	Ceará
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
Constituição	Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988
Constituição Federal	Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988
DEM	Partido Democratas
DF	Distrito Federal
GO	Goiás
MG	Minas Gerais
MS	Mandado de Segurança
MS	Mato Grosso do Sul
Nº ou nº	Número
PE	Pernambuco
PPS	Partido Popular Socialista
PR	Paraná
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
PT	Partido dos Trabalhadores
PTB	Partido Trabalhista Brasileiro
PV	Partido Verde
RE	Recurso Extraordinário
RJ	Rio de Janeiro
RR	Roraima
RS	Rio Grande do Sul
SC	Santa Catarina
SP	São Paulo

STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
2	CAPÍTULO I: O CONTROLE DOS ATOS DO PODER EXECUTIVO PELO PODER JUDICIÁRIO	18
2.1	A EXPANSÃO DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.	19
2.1.1	Sobre o Estado de Polícia.....	19
2.1.2	Sobre o Estado Liberal de Direito.	21
2.1.3	Sobre o Estado Social de Direito.	25
2.1.4	Sobre o Estado Democrático de Direito.	32
2.2	ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	38
3	CAPÍTULO II: CONSTITUCIONALISMO DE PRECAUÇÃO E CONSTITUCIONALISMO DE OTIMIZAÇÃO	47
3.1	A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO RISCO.	48
3.2	O CONSTITUCIONALISMO DE PRECAUÇÃO.	51
3.2.1	As justificativas do constitucionalismo de precaução.	53
3.2.2	As falhas do constitucionalismo de precaução.....	58
3.3	O CONSTITUCIONALISMO DE OTIMIZAÇÃO: A POSTURA MADURA DE ABORDAGEM DOS RISCOS DE SEGUNDA ORDEM.....	80
4	CAPÍTULO III: APLICAÇÃO À REALIDADE BRASILEIRA.	87
4.1	UMA QUESTÃO PRELIMINAR.	88
4.2	O CASO LULA.....	92
4.2.1	Julgamento do Supremo Tribunal Federal dos Mandados de Segurança nº 34070 e nº 34071.	97
4.3	O CASO MOREIRA FRANCO.....	103
4.3.1	Julgamento do Supremo Tribunal Federal do Mandado de Segurança nº 34.609.....	106

4.4	O CASO DA QUASE-MINISTRA CRISTIANE BRASIL.	108
4.5	PRECAUÇÃO OU OTIMIZAÇÃO?	115
4.5.1	Intervenções nas nomeações de Lula e Moreira Franco.	115
4.5.2	Intervenção na nomeação de Cristiane Brasil.	119
4.5.3	Os (d)efeitos do constitucionalismo de precaução atrelados à ingerência na nomeação de Ministros de Estado brasileiros.	121
4.5.4	A nomeação de Ministros de Estado em uma perspectiva otimizadora.	130
5	CONCLUSÃO	136

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva analisar em perspectiva crítica a judicialização da nomeação de Ministros de Estado no Brasil no período pós 1988, um exemplo de judicialização da política e de ativismo judicial e identificar a perspectiva de regulação de riscos – se precaucional ou otimizadora – adotada pelos tribunais pátrios no processo de decisão sobre a suspensão ou não dos efeitos dos atos do Poder Executivo Federal e as consequências destas escolhas no cenário político-jurídico nacional.

O ponto de equilíbrio entre os Poderes do Estado e a racionalização do exercício do poder estatal, evitando excessos e o livre arbítrio, são elementos buscados pela humanidade através dos séculos. Este processo, que culmina em um agigantamento do Poder Judiciário, demonstra ter suas raízes mais remotas contemporâneas aos esforços empenhados na contenção do regime absolutista e dos abusos do Poder Executivo. Isto, somado à posterior constitucionalização do Direito e de determinadas garantias e direitos, conferiu à esfera judicial um alargado espectro de elementos passíveis de análise no bojo dos atos da Administração.

No caso brasileiro, somam-se também o sistema de controle de constitucionalidade provido pela Constituição de 1988 e a disseminação e defesa do neoconstitucionalismo, que ensejam uma postura mais proativa dos julgadores; sobretudo ante uma generalizada depreciação das Instituições representativas, que, em um contraste com uma imagem idealizada do Poder Judiciário, estimulam um processo de ratificação e mesmo de busca pela “judicialização da vida” pela própria população e pelos atores políticos.

Neste processo, entretanto, os membros de um órgão eminentemente técnico e não eleito acabaram por, aparentemente, se sentir legitimados a interferir de forma contundente em questões elementares, que compõem o núcleo duro das funções de outro Poderes. No caso do Poder Executivo, em específico, é espantosa a naturalidade com que o Estado é forçado a gerir de acordo com a opinião judicial temas como alocação de recursos para políticas públicas, políticas econômicas, regulação da atividade econômica e, mais recentemente, a nomeação para cargos

políticos, o que, em muito, é endossado pela própria doutrina administrativista e constitucionalista.

O contexto atual de relação entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, sob a ótica da teoria de que as constituições se prestam à regulação de riscos políticos, aproxima-se do denominado constitucionalismo de precaução, que enuncia que as ações dos agentes estatais devem ser tomadas como potenciais causadoras de graves danos e, portanto, reguladas antes que algum evento negativo se concretize. Esta tendência de regulação judicial com foco em uma suposta defesa de valores essenciais, entretanto, apresenta problemas importantes, na medida em que as precauções podem se provar fúteis pela ausência de incentivos compatíveis com os fins almejados, criar ou majorar riscos paralelos ou mesmo o próprio risco alvo das medidas precaucionais e se mostrar desnecessárias, apesar dos custos a si atreladas.

Deste conjunto, tem-se que o ponto de inflexão deste trabalho em relação aos demais que tratam das ingerências do Poder Judiciário nas ações do Poder Executivo é a análise dos fundamentos das decisões sobre nomeações de Ministros de Estado e seus desdobramentos a partir de uma perspectiva que ultrapassa as já extensamente debatidas questões filosóficas, morais e pragmáticas que cercam o tema. Neste sentido, o estudo traz ponderações sobre as formas de manejo dos riscos políticos naturais da alocação, pelas constituições, de poder entre as instituições e autoridades e que, além do dominante viés de precaução, comportam também a possibilidade de otimização destes riscos.

Para tanto, o Capítulo I serve para, a partir de revisão bibliográfica e jurisprudencial, uma breve contextualização que permita compreender o estado da arte. Nesta unidade, são abordadas algumas mudanças importantes na concepção do controle dos atos do Poder Executivo pelo Poder Judiciário através dos séculos e os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política.

No Capítulo II é apresentada a base teórica sobre a qual são construídas as observações do Capítulo III. Nesta unidade, são expostas as teorias de Adrian Vermeule de que as constituições se prestam, sobretudo, a gerir os riscos políticos e que isto pode ser tomado, tanto pelos legisladores como pelos intérpretes constitucionais em duas perspectivas: uma precaucional e uma otimizadora. São, também, elencadas as principais fraquezas de ambas os vieses.

O Capítulo III, por sua vez, contém o detalhamento de desfecho de três casos emblemáticos à judicialização das nomeações de Ministros de Estado no Brasil, de Lula, Moreira Franco e Cristiane Brasil. Além disso, nesta unidade são identificadas as perspectivas marcadamente adotadas nas decisões de decidiram pela suspensão ou não dos efeitos dos atos dos chefes do Poder Executivo Federal e os (d)efeitos decorrentes destas mesmas decisões para o cenário jurídico-político brasileiro.

Para desempenhar a pesquisa, este trabalho se utiliza fundamentalmente do método de abordagem dedutivo, partindo-se de considerações de cunho geral para conclusões particulares. A técnica de pesquisa aplicada foi a bibliográfica e documental, por meio da consulta à doutrina especializada, em manuais e artigos publicados em revistas e jornais voltados aos estudos sobre o direito administrativo e constitucional. Além disso, foram exploradas decisões de Tribunais Federais, do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte dos Estados Unidos que trataram diretamente de atos do Poder Executivo ou de temas que exemplificam o emprego das perspectivas de precaução e otimização dos riscos políticos. Por fim, visando a melhor compreensão do leitor, a metodologia utilizada para as referências e citações foi híbrida, combinando notas de rodapé e explicativas no mesmo método, utilizando o sistema numérico determinado pela Associação Brasileira de Normas Técnicas através da NBR10520:2002.

2 CAPÍTULO I: O CONTROLE DOS ATOS DO PODER EXECUTIVO PELO PODER JUDICIÁRIO

Não é possível que o legislador preveja todas as possibilidades realizáveis e as regule. Além da impossibilidade lógica e fática, também a limitação jurídica assola a atividade legislativa. Isto porque, se todas as ocorrências possíveis fossem previstas, haveria uma substituição de um órgão de poder pelo outro, na medida em que o Poder Executivo não seria mais do que um mero executor das ordens emanadas pelo Poder Legislativo¹. Assim, relega-se ao administrador público certa margem de liberdade para apreciação do caso concreto para que, podendo escolher entre as várias opções disponíveis, opte por aquela que, segundo suas convicções, seja a mais pertinente à proteção do interesse público.

Este consagrado e necessário espaço de discricionariedade de decisão, entretanto, sofreu reiterados estreitamentos no curso do tempo, que visaram, especialmente, impedir que a margem de liberdade política do administrador público se transformasse em arbitrariedade. Assim, enquanto no Estado de Polícia poder-se-ia vislumbrar uma discricionariedade em sentido amplo, que contemplava até mesmo a arbitrariedade típica das monarquias absolutas e exprimia atos não sindicáveis, no Estado de Direito a discricionariedade fica restrita a certos atos e, mais recentemente, passou a ser quase absolutamente submissa à lei, tendo como consequência a sujeição à apreciação pelo Poder Judiciário². Este cenário de, de certa forma, redução do escopo da livre atuação do Poder Executivo, é impulsionado pelo ativismo judicial, fenômeno complexo e mundialmente percebido, cuja pertinência é debatida na mesma proporção de sua abrangência.

Neste Capítulo I, então, será apresentada uma visão breve e geral sobre a contínua redução da liberdade de atuação da Administração, destacando-se desde já que não se pretende esgotar as discussões acerca do tema, mas tão somente narrar um contexto em que se insere o presente trabalho.

¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 68.

² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14.

2.1 A EXPANSÃO DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.

Muitas horas já foram gastas por estudiosos em todo o globo no estudo do controle jurisdicional dos atos administrativos. Para fins de contextualização do momento em que nos encontramos com relação à discricionariedade administrativa, passa-se a alguns apontamentos de ordem histórica dos parâmetros destinados à limitação do controle dos atos da Administração pelo Poder Judiciário.

Analisando a expansão do controle dos atos da Administração pelos juízes e, de certa maneira, uma correspondente limitação da discricionariedade do Poder Executivo, é possível destacar quatro principais momentos históricos, que acompanham as modificações do formato de Estado e serão divididos neste trabalho em: i) o Estado de Polícia; ii) o Estado liberal de Direito; iii) o Estado social de Direito; e iv) o Estado Democrático de Direito. A seguir, passa-se a explorar cada um deles.

2.1.1 Sobre o Estado de Polícia.

O Estado de Polícia corresponde à primeira fase do Estado Moderno, que, por sua vez, engloba o Estado absoluto, encerrando uma ampla gama de competências da Administração interna na pessoa do soberano³; não há “poderes” alocados em pessoas separadas, mas órgãos que, por delegação do rei, exercem funções típicas do Estado, como governo, guerra, fazenda e justiça, sendo esta última a que alcançou maior autonomia⁴.

Um marco importante para este período foi a crise do feudalismo, com a proliferação de proprietários rurais, desorganização na distribuição dos feudos, aumento da produção e insustentabilidade do imposto de passagem. Isto possibilitou, com o contínuo enfraquecimento do poder das nobrezas locais e perda de prestígio da igreja, o correspondente crescimento da influência dos reis e o ápice

³ BACHOF, Otto; WOLFF, Hans J.; STOBBER, Rolf. **Direito Administrativo**. Vol. I. Tradução de António F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 105.

⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. **Curso de História do Direito**. São Paulo: Método, 2006, p. 120.

no estabelecimento das monarquias nacionais⁵. Para Dalmo Abreu Dallari, o feudalismo tornou-se insustentável tanto para os proprietários das terras, que agora eram muitos, quanto para os senhores feudais, e neste cenário passou a parecer possível uma unidade do Estado jamais conseguida no Estado Medieval⁶.

Para além destes elementos, a centralização do poder também foi influenciada pelo desenvolvimento urbano, uma vez que a nova classe social em ascensão – a burguesia, ligada ao comércio – possuía interesse econômico neste feito. Para a burguesia, a centralização do poder significava a tomada de decisões rápidas frente às ameaças externas e a possibilidade de expansão marítima e de mercado com recursos vindos da coroa. E isto era ainda potencializado pela teoria do poder absoluto, que representava a figura do rei de forma sacralizada, como o representante de Deus na Terra, legislador e representante do Estado, que colocava os interesses públicos acima dos seus próprios⁷.

Na Europa, as experiências com o absolutismo irromperam de maneiras diferentes. Na Inglaterra, o poder real lançou suas bases no início do século XVI, com a dinastia Tudor, que teve como segundo rei Henrique VIII, em uma monarquia constitucional que impôs sua autoridade aos nobres com o apoio da burguesia. Elizabeth I, sua sucessora, foi responsável pela real implantação do poder absoluto na Inglaterra e, no processo de legitimá-lo como de origem divina, desencadeou uma perseguição a católicos e protestantes e impôs o anglicanismo. Na França, por sua vez, a imersão no absolutismo ocorreu de forma mais abrupta. Durante o longo reinado de Luís XIV, que materializava o absolutismo monárquico na frase a si atribuída de “*L’État c’est moi*”⁸, a centralização do poder deixou como legados uma França unificada, com fronteiras definidas e a vivência de um período de prosperidade econômica⁹.

⁵ BEDENDI, Luiz Felipe Ferrari. Ainda Existe o Conceito do Mérito do Ato Administrativo como Limite ao Controle Jurisdicional aos Atos Praticados pela Administração? *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. (Coords). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 280.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 70.

⁷ ARRUDA, José Robson de A. **História Moderna e Contemporânea**. São Paulo: Ática, 1978, p. 62.

⁸ Em tradução livre: “O Estado sou eu”.

⁹ *Ibid.*, p. 68.

No que tange à discricionariedade administrativa, apesar da ausência de consenso sobre o seu significado e facetas¹⁰, Odete Medauar descreve que nos séculos XVI e XVII o termo era empregado como um atributo do soberano, representando sua soberania decisória e a sua aptidão e de seus agentes para o desempenho de suas funções¹¹. O que caracterizou este período, no que tange à discricionariedade, foi a ausência de limitações legais à Administração Pública, que se sujeitava apenas às decisões do monarca, este que, ao mesmo tempo, era guardião e criador do Direito.

Este estado de confusão entre a discricionariedade e a arbitrariedade do poder político absolutista sintetiza o ideário do Estado de Polícia¹². Ao mesmo tempo, de certa maneira, gerou traumas pela ausência de limites ao monarca que acabaram servido de catalisadores para importantes mudanças estruturais com a instauração do Estado Liberal de Direito.

2.1.2 Sobre o Estado Liberal de Direito.

A segunda fase do Estado Moderno ascendeu com a decadência das monarquias absolutistas, marcando o reinado do Estado Liberal de Direito, este assentado sobre os princípios da legalidade, igualdade e separação dos Poderes¹³. Para Di Pietro, ainda que em outras épocas já houvesse alguma forma de Administração Pública – na medida em que a figura do Estado pressupõe órgãos

¹⁰ BACHOF, Otto; WOLFF, Hans J.; STOBBER, Rolf. **Direito Administrativo**. Vol. I. Tradução de António F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 461.

¹¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 120.

¹² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 195-196.

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 38, p. 162-163, 1962. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112627>>. Acesso em: 22 jun. 2021. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 20.

incumbidos do exercício das funções administrativas¹⁴ –, é no Estado de Direito que se estrutura a Administração nos sentidos objetivo e subjetivo¹⁵.

No contexto do Estado Liberal de Direito, a função do Estado passa a ser de assegurar os direitos individuais dos cidadãos, criar um ambiente adequado para o desenvolvimento e conformar socialmente a sociedade civil, sempre com vistas a favorecer a autonomia privada¹⁶. O diminuto rol de atribuições implicou indiretamente em uma redução da abrangência do poder político do Estado, uma visão bastante alinhada aos pensamentos liberais de forma geral¹⁷. O Poder Público passou a ser organizado como uma estrutura unificada e hierarquizada, dividida por matérias ou conjuntos de matérias e racionalizada em torno de um centro ocupado pelo governo¹⁸. Neste modelo, alteraram-se as relações do príncipe com seus súditos e dos súditos entre si, que passaram a se sujeitar ao império da lei¹⁹, uma transformação em resposta aos abusos cometidos no período absolutista que deu vazão ao princípio da legalidade da Administração Pública, um de seus mais consagrados regentes até os dias atuais²⁰.

Vasco Pereira da Silva aponta este período como a fase do “pecado original” do contencioso administrativo, aqui definido como processo decisório sobre questões envolvendo a Administração, marcado pela promiscuidade entre as tarefas de administrar e julgar. Para o Professor, isto foi especialmente real no contexto francês, na medida em que a justiça administrativa nasceu dentro da Administração após a Revolução Francesa e proibia os juízes de perturbar, da maneira que fosse, “as operações dos corpos administrativos” e de trazer perante si os administradores pelo exercício de suas funções²¹. Para tanto, em larga medida lançou-se mão da

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 05.

¹⁵ Respectivamente, enquanto atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve na consecução do interesse público e enquanto conjunto de órgãos e pessoas que exercem a função administrativa do Estado.

¹⁶ BACHOF, Otto; WOLFF, Hans J.; STOBBER, Rolf. **Direito Administrativo**. Vol. I. Tradução de António F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 110-111.

¹⁷ SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 37.

¹⁸ *Ibid.*, p. 36-37.

¹⁹ FARIA, Edmundo Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 45.

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 47.

²¹ SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 13.

separação dos Poderes para justificar a barreira criada ao julgamento da Administração Pública, o que, para Pereira da Silva, materializou uma indiferenciação entre as funções, pois “julgar a Administração ainda é julgar”²².

Na França, segundo Pereira da Silva, berço desta forma de julgamento Administração que premiava o autoritarismo do Poder Público, o processo foi resultado de quatro fatores principais: i) a concepção vigente de Estado e da separação dos Poderes, em muito sob influência de Montesquieu; ii) a reação contra a atuação dos tribunais no Antigo Regime, que tiveram um papel importante, especialmente em seu final, contra a concentração do poder real e que agora poderiam representar entraves à Administração que estava em “boas mãos”²³; iii) a influência do modelo do Conselho do Rei, que já encerrava as limitações estipuladas no cenário pós Revolução; e iv) a própria continuidade do funcionamento das instituições antes e depois da Revolução Francesa, utilizando recursos já conhecidos no Antigo Regime, como a “técnica dos vícios do ato”²⁴.

Neste cenário em que emergia o Direito Administrativo, uma figura que passa a exercer papel central é o ato administrativo, modo praticamente exclusivo de atuação da Administração Pública. Inicialmente elaborado a nível do contencioso administrativo, o ato administrativo acabava por exercer uma dupla função: ao mesmo tempo em que delimitava de alguma forma a atuação do Poder Público autoritário também fornecia uma proteção jurídica ao cidadão contra o Estado²⁵.

O modelo francês de controle da Administração Pública, vale a ressalva, naquele momento, exprimia a experiência particular daquele país e sua singularidade. Isto rendeu o plano de fundo de um debate protagonizado ao longo dos anos por Maurice Hauriou e Albert Venn Dicey. Este último, constitucionalista inglês, analisando o cenário inovador do qual Hauriou foi um dos expoentes teóricos, teceu críticas sobre a desigualdade criada entre os particulares e o Estado no novo regime, tanto pela lei aplicável quanto pela esfera julgadora, que encerrava uma predisposição opressora na proteção da Administração Pública e de seus membros

²² SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 14.

²³ SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 13-20.

²⁴ SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 16-29.

²⁵ Ibid., p. 39.

pelos atos por si praticados²⁶. Hauriou, por sua vez, defendia que, ainda que seguindo outros parâmetros, as atividades administrativas e seu respectivo controle são fatos comuns aos Estados modernos, na medida em que focados na satisfação das necessidades sociais e auditados por uma instituição interna ou um órgão externo. Não havia, em sua visão, mácula aos direitos, mas a autoexecução dos atos administrativos, a não submissão do Poder Público aos particulares por intermédio de decisões judiciais e sua subordinação hierárquica, com regramento próprio a ser aplicado por uma instituição especializada, o que representava um momento de evolução em relação ao modelo inglês²⁷.

Em uma esfera ao mesmo tempo relacionada e apartada deste debate sobre modelos de controle da Administração Pública, corre outro desacordo, aqui sobre o caráter autoritário do processo de aferição de eventual ilegalidade nos atos do Poder Público, tese esta defendida por Pereira da Silva. Para Romeu Felipe Bacellar Filho, a jurisprudência administrativa francesa não evidencia a tentativa de criação de um juiz em causa própria, mas, em sentido contrário, de amplo controle dos atos administrativos, principalmente no tocante ao excesso de poder²⁸. Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, em uma visão também contrária à de Pereira da Silva, sustentam que a narrativa de que o Direito Administrativo possui raízes autoritárias na França não encontra fundamentos históricos e ignora fatores como i) o iluminismo, forte característica do período; ii) o próprio reconhecimento formal de não submissão ao soberano, mas à lei, o que faz do Direito Administrativo uma ferramenta de libertação e não somente de dominação; e iii) o reconhecimento da felicidade como um direito individual no Preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o que não é compatível com um Poder Público autoritário²⁹.

²⁶ DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the constitution**. Liberty Fund: Indianapolis, 1982, p. 222-225.

²⁷ HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif**. Paris: Librairie du Recueil Général des Lois Et Arrêts, 1893.

²⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 211, 1998, p. 71.

²⁹ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (Coords.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 158-159.

Independentemente da perspectiva que se adote, a timidez na atuação estatal na sociedade, típica do formato de Estado Liberal, acabou por maximizar disparidades nas esferas econômica e social, com os monopólios das grandes empresas eliminando as concorrentes de pequeno porte e o surgimento da classe do proletariado, cujas condições de miséria, ignorância e doença foram agravadas pela política de não intervenção estatal³⁰. As críticas apontavam que o Estado Liberal de Direito não cumpria com as incumbências de prover o bem-estar social e respeito à dignidade humana, o que ganhou projeção nas aduções de figuras como Karl Marx e Frederick Engels. Em vista disso e tendo como palco o pós Segunda Guerra Mundial, firmou-se então um terceiro formato de Estado e um novo momento da Administração Pública: o Estado Social de Direito. A este Estado Providência não foi permitido seguir apenas como expectador inerte da vida em sociedade, mas reivindicou-se que sua atuação fosse ao encontro da garantia de dignidade, educação, saúde, previdência, moradia e trabalho³¹.

2.1.3 Sobre o Estado Social de Direito.

A nova configuração estatal exigiu um complexo e vasto fluxo de leis e regulamentos para abarcar as atribuições da Administração, que contemplavam desde a construção de estradas e ferrovias, ao abastecimento de água, luz e gás e até o fornecimento de saúde pública e educação. Estas incumbências refletiram em uma maior concentração de poder nas mãos do Poder Executivo, que não podia ficar à mercê do complexo e moroso processo legislativo. Com isso, passou-se a autorizar a edição de atos normativos – decretos, leis delegadas, regulamentos autônomos – e o Poder Executivo deixou de ser mero súdito das normas postas pelo Poder Legislativo³².

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 28.

³¹ BEDENDI, Luiz Felipe Ferrari. Ainda Existe o Conceito do Mérito do Ato Administrativo como Limite ao Controle Jurisdicional aos Atos Praticados pela Administração? *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. (Coords). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 283.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 31.

Pereira da Silva leciona que a concepção de ato administrativo que serviu ao Estado Liberal de Direito ainda resistiu algum tempo neste novo formato de Estado, tendo como marco da transição o caso Blanco³³, em que o Tribunal de Conflitos remeteu para o Conselho de Estado a questão da menina Agnès, vitimada por um trem de uma empresa pública, por entender que a justiça administrativa era a única competente para conhecer do caso. O acórdão do caso, por sua vez, teve como decisiva a tese de afastamento da legislação civilista por se tratar de empresa pública e, apesar de reconhecer o direito de indenização em caso de responsabilidade administrativa, negou-a em função da necessidade do serviço³⁴. No curso do Estado Social de Direito, entretanto, é paulatinamente desfeito o vínculo entre a Administração e seus tribunais próprios, possibilitando a “plena jurisdicionalização da fiscalização dos actos da Administração”³⁵.

Ao mesmo tempo em que o Direito Administrativo crescia e se modificava, acompanhando a noção de Administração Pública e derogando postulados do individualismo jurídico, como a possibilidade de o Estado criar “entidades públicas ou privadas, com personalidade jurídica própria” que “coloca intermediários entre o Estado e o indivíduo”³⁶, implementava-se a concepção de legalidade de que à Administração Pública apenas é permitido o que a lei autoriza ou determina e afastasse a ideia de possibilidade de atuar nos espaços deixados em branco pelo legislador. A discricionariedade, então, passa a ser um poder jurídico limitado pela lei³⁷.

Inserto no contexto do Estado Social de Direito, em obra datada de 1962 García de Enterría discorre que a Administração Pública sofreu um estreitamento do espaço de exercício do seu livre arbítrio, que então se mantinha em três eixos, a saber, os atos políticos, os atos normativos ou regulamentares e os atos

³³ SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 54.

³⁴ SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 37.

³⁵ SILVA, Vasco Pereira da. **Para um Contencioso Administrativo dos Particulares**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 47.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 34.

³⁷ BEDENDI, Luiz Felipe Ferrari. Ainda Existe o Conceito do Mérito do Ato Administrativo como Limite ao Controle Jurisdicional aos Atos Praticados pela Administração? *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. (Coords). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 283.

discricionários, estes últimos que particularmente interessam ao presente estudo. O Professor descreve que esta última seara, mais por interferência da jurisprudência e da doutrina do que pela participação ativa do legislador, passou modificações desde a sua concepção, momento em que se impunha uma eliminação pura e simples da apreciação judicial de atos afetados pela discricionariedade administrativa³⁸.

A primeira redução do dogma se operou da observação de que mesmo nos atos discricionários há elementos suficientemente regrados – como a existência de poder para a expedição do ato, sua extensão, a competência para tanto e uma forma exigida para sua validade – a não justificar a absoluta abdicação de controle judicial sobre os atos desta natureza. O passo seguinte, uma segunda redução, adveio da constatação de que a finalidade dos atos administrativos também é regulada. As autoridades estatais possuem discricionariedade, mas para a perseguição de uma finalidade pública, que seja de interesse ou utilidade geral. Em consonância com esta perspectiva ganhou espaço a teoria do desvio de finalidade, técnica importada do Direito Francês segundo a qual se um ato discricionário se descola do fim para o qual o poder foi outorgado incorre em um vício que justifica seja examinado pelo Poder Judiciário³⁹.

Para além destes estreitamentos, García de Enterría sustentou a plausibilidade de aplicação de ao menos mais três técnicas de controle da discricionariedade administrativa: i) por via dos fatos determinantes, ii) por meio dos conceitos jurídicos indeterminados e iii) por intermédio dos princípios gerais do Direito. Quanto ao primeiro meio, a análise dos fatos determinantes para a expedição de um ato pela Administração Pública, o raciocínio é de que o exercício do poder discricionário pressupõe um fato que o justifique e, ainda que possa haver uma valoração política da realidade, é aferível a materialização ou não de um fato, o que permite um controle judicial eficaz da atuação do Poder Público⁴⁰.

O segundo método prescinde da discriminação, caso a caso, dos campos cobertos pela discricionariedade e pelos conceitos jurídicos indeterminados, como

³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder em el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 38, p. 166-167, 1962. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112627>>. Acesso em: 22 jul. 2021.

³⁹ *Ibid.*, p. 168-169.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 170-171.

boa-fé, ordem pública e utilidade pública, preceitos estes submissos à apreciação judicial irrestrita. Para sua aplicação prática, seria necessário estimar juridicamente seu conteúdo a partir da lei que tenha criado o conceito indeterminado em questão, “de modo que a aplicação destes conceitos será justamente um caso de aplicação da lei”⁴¹. Desta feita, na medida em que possível a constatação do cumprimento ou não do conceito jurídico indeterminado, estar-se-ia diante de um processo regulado e que afasta a liberdade discricionária do administrador e atrai o exame pelo Poder Judiciário⁴².

Por fim, a terceira via de restrição da discricionariedade seria a aplicação dos princípios gerais do Direito. García de Enterría sustentava que a Administração está submetida aos princípios gerais do Direito da mesma forma que à lei, porquanto não é senhora do Direito e nem um poder soberano. Não é aceitável, portanto, que se utilizando de uma prerrogativa excepcional admitida pelo ordenamento jurídico ofenda os princípios gerais que o integram, fundamentam e estruturam⁴³.

Ao fim dessa escalada de estreitamentos restaria, na visão do Professor, um resíduo de discricionariedade que não pode ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário. Isto porque os tribunais apenas podem se utilizar de critérios jurídicos genéricos para a análise dos atos do Poder Público e estes mesmos critérios genéricos não permitem uma análise singular e concreta, espaço este reservado à responsabilidade do poder político e que nenhum magistrado pode pretender substituir. O controle judicial da discricionariedade, então, não seria uma negação ou cerceamento dos poderes típicos do Poder Executivo, mas uma imposição de que as decisões tomadas respeitem os valores jurídicos substanciais, na medida em que sua transgressão não é autorizada por sua função e nem requerida por ela⁴⁴.

No Brasil, Miguel Seabra Fagundes defendia que ao magistrado não era permitido adentrar no mérito dos atos administrativos, entendido como o sentido político do ato, sob pena de substituir a figura do administrador. O mérito, em sua perspectiva, é uma característica típica dos atos discricionários e contempla

⁴¹ No original: “[...] este modo la aplicación de estos conceptos será justamente un caso de aplicación de la Ley”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder em el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 38, p. 173, 1962. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112627>>. Acesso em: 22 jul. 2021.

⁴² Ibid., p. 171-176.

⁴³ Ibid., p. 176-180.

⁴⁴ Ibid., p. 179.

especialmente o motivo e o objeto selecionados pelo administrador, configurando uma “apreciação quase pessoal dos agentes sobre certos fatos”⁴⁵, um juízo comparativo orientado no sentido de acomodar o interesse público e os interesses privados⁴⁶.

O ato administrativo, enquanto procedimento que envolve juízo de valor de conveniência e oportunidade que pertencem à esfera política, não autoriza que o Poder Judiciário se imiscua nesta seara⁴⁷, sendo atribuição exclusiva do Poder Executivo. E isto porque ao Poder Judiciário não estão submetidos interesses que o ato administrativo eventualmente afronte, mas tão somente os direitos individuais por ele porventura feridos⁴⁸. Mais do que isso, por dependerem do critério político e meios peculiares ao exercício do Poder Administrativo⁴⁹, são “estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional” e a própria análise da legalidade dos atos administrativos seria autorizada em um sentido puramente jurídico, de verificar se foram obedecidas as prescrições legais, especificamente quanto à competência, forma, finalidade, motivo e objeto⁵⁰.

Na medida em que os casos de Lula e Moreira Franco, que serão tratados no Capítulo III deste trabalho, giraram em torno da alegação de, sobretudo, desvio de finalidade em suas nomeações aos cargos de Ministro de Estado por Dilma e Temer, é válido registrar aqui as considerações tecidas por Seabra Fagundes sobre este elemento dos atos administrativos, já inserto no ordenamento jurídico brasileiro à época dos seus escritos por força da Lei nº 4.717/65. Para o jurista, o exame da legalidade da finalidade de um ato administrativo, que se cinge a apurar se a Administração Pública agiu com o fim previsto na lei e desejado por ela, quase alcança o mérito. Contudo, para que se respeite a discricionariedade autorizada ao Poder Público, o exame deve se limitar a aferir “se o ato se conteve dentro do poder

⁴⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 23, 1951, p.1-2.

⁴⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979, p. 146.

⁴⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 23, 1951. p.1.

⁴⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979, p. 147.

⁴⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 23, 1951. p. 2.

⁵⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979, p. 147-156.

do administrador”, não podendo incluir ponderação sobre “se o uso que [o administrador] fez do poder foi o *melhor*”. A análise acerca do acerto do ato pelo bom manejo da competência em face das necessidades da sociedade foge da competência do Poder Judiciário por configurar apreciação de mérito⁵¹.

Também é Seabra Fagundes responsável pela relatoria de uma decisão paradigmática quanto ao controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. O acórdão, proveniente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, foi proferido no bojo da Apelação Cível nº 1.422 e é considerado o primeiro a acolher a teoria do desvio de finalidade e intervir em ato administrativo discricionário.

O emblemático caso remonta ao ano de 1948. Originariamente, tratava-se de Mandado de Segurança impetrado pela Empresa de Transporte Potiguar Ltda contra a Inspeção Estadual de Trânsito objetivando resguardar seu direito de trafegar livremente com seus veículos entre a capital e algumas cidades, o que vinha sendo ameaçado por empecilhos impostos pela autoridade coatora – como limitação de horários e linhas –, que pretendia beneficiar a empresa Serviço de Transporte Mipibuense, concorrente da impetrante. Em contestação, a Procuradoria Fiscal suscitou preliminar de não cabimento de Mandado de Segurança por i) não se tratar de direito líquido e certo, ii) não se tratar de ato reconhecidamente ilegal. No mérito, pugnou pela improcedência, na medida em que a fixação de horários e viagens observava a lei vigente e que a regulação faria parte de suas atribuições legais⁵².

Na primeira instância, a segurança foi denegada, o que ensejou a interposição de recurso de Apelação Cível. A análise pelo Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, por sua vez, trouxe o posicionamento inovador à questão do controle dos atos da Administração no cenário brasileiro. Desprezada a preliminar de não cabimento do mandado de segurança, o relator, no mérito, consignou que, apesar de o exercício do poder de polícia da autoridade coatora estar disfarçado de legal, visava prejudicar a impetrante em benefício de empresa concorrente, o que considerou visível da análise fática⁵³.

⁵¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979, p. 156.

⁵² SEABRA FAGUNDES, Miguel. Voto relator na apelação cível nº 1.422. *In: Revista de Direito Administrativo*. Vol. 14. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1948, p. 56.

⁵³ *Ibid.*, p. 57.

Para Seabra Fagundes, a competência discricionária para a fixação dos horários de tráfego dos veículos não poderia ser exercida acima ou além da lei, mas sujeita a ela; o que a distingue da competência vinculada é uma maior mobilidade ao exercê-la, não a completa liberação. Assim, enquanto ao praticar o ato administrativo vinculado a autoridade está adstrita à lei em todos os seus elementos – competência, motivo, objeto, finalidade e forma –, quando praticando ato discricionário é livre, dentre as opções permitidas pela lei, quanto à escolha dos motivos – juízo de conveniência e oportunidade – e do objeto. A Administração pode optar pela prática do ato ou sua abstenção, por um conteúdo X ou Y, mas no que toca à competência, finalidade e forma o ato discricionário é tão sujeito aos textos legais quanto o ato vinculado⁵⁴.

Em vista disso, se entre os limites intransponíveis pela autoridade administrativa está o concernente à finalidade, o ato que deixe à mostra finalidade pessoal ao invés do interesse público pode ser apreciado pelo Poder Judiciário, não obstante originário do exercício de competência discricionária, o que implicaria no não afastamento do exame jurisdicional do ato do Inspetor de Trânsito apontado como ilegal. Na análise de Seabra Fagundes, no caso posto à sua apreciação, quando da fixação dos horários de circulação dos ônibus do impetrante, a instituição intentava cercear o exercício da atividade da impetrante e favorecer sua concorrente ao invés do interesse público. Neste sentido, anotou ser aquele o único serviço de ônibus do estado sujeito a horário pela Inspetoria, o que tornaria suspeito o zelo fiscalizador da autoridade coatora, já que, se o fosse, os horários deveriam existir para todas as linhas, não apenas as servidas pela impetrante. Todas estas questões conduziram à concessão da segurança pretendida⁵⁵.

Paralelamente ao estreitamento moderado da liberdade de atuação da Administração Pública realizada pelo maior controle judicial, o aumento das incumbências do Estado Social de Direito acabou por culminar em uma crise na noção de serviço público. Incapacitado de cumprir pessoalmente todas as demandas a si relegadas, o Estado passou a transferir a execução de uma parcela destas tarefas a terceiros, por intermédio de concessões de serviços públicos, e,

⁵⁴ SEABRA FAGUNDES, Miguel. Voto relator na apelação cível nº 1.422. *In*: **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 14. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1948, p. 57-58.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 68-72.

posteriormente, lançou mão da “criação de sociedades de economia mista e empresas públicas para execução sob regime jurídico predominantemente privado”⁵⁶.

E mais: a política assistencial do Estado Social de Direito, apesar do papel que desempenhou na consolidação da burocracia enquanto forma de organização e gestão administrativa, por seu elevado custo, associado à crise do petróleo das décadas de 60 e 70, fadou-o à decadência⁵⁷, dando espaço ao Estado Democrático de Direito, nosso próximo foco.

2.1.4 Sobre o Estado Democrático de Direito.

Esta nova formatação de Estado sugere que a Administração e o povo, juntos e de forma democrática, trabalhem para a implementação de políticas públicas de interesse social⁵⁸. O Estado Democrático de Direito incorpora a participação popular no processo político, no controle da Administração Pública e nas decisões de Governo e, com o interesse na persecução da justiça social⁵⁹, acaba por vincular a Administração não mais apenas à lei, mas também a princípios.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, o Estado Democrático de Direito traz consigo a democratização da administração, o que contempla desde a substituição das estruturas hierárquico-autoritárias por formas de deliberação colegial e participação dos cidadãos na gestão pública até a transparência e publicidade do processo administrativo⁶⁰. Odete Medauar, por sua vez, considera que essa participação popular requer a identificação do interesse público de forma conjunta com a população, além da diminuição do espaço de discricionariedade do agente público e dos atos administrativos unilaterais e, por fim, a adoção de práticas contratuais que se baseiem no consenso, na conciliação de interesses e na

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 34.

⁵⁷ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 167.

⁵⁸ FARIA, Edmundo Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 56-57.

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 120.

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 433.

negociação⁶¹. Tomás-Ramón Fernández e Eduardo García de Enterría apresentam, ainda, três razões para o incentivo à participação popular na Administração Pública: i) a autoconsciência da vitalidade da aproximação do poder com a sociedade, superando a segregação outrora vigente; ii) o afastamento dos riscos atrelados a um governo de burocratas ao possibilitar a identidade entre governantes e governados; e iii) a essencialidade da atuação integrada com a população para a eficiência do Estado, contribuindo para a redução das disfunções organizativas e a formação de uma nova legitimidade⁶².

Gustavo Justino de Oliveira pontua que a Administração Pública no formato contemporâneo de Estado configura uma espécie de “interface” entre a figura estatal e a sociedade e lhe incumbe responder às demandas sociais de forma a satisfazer as necessidades a si apresentadas⁶³. Uma postura proativa do Poder Público se faz imprescindível no âmbito dos direitos individuais e coletivos estampados nas constituições, na medida em que a sua consagração constitucional não é suficiente para assegurar sua integral materialização, pois ao passo em que alguns direitos, como os econômicos, sociais e culturais são autoexecutáveis, outros dependem de uma mediação estatal⁶⁴.

No que concerne à discricionariedade da Administração Pública para a prática de atos administrativos e sua respectiva revisão pelo Poder Judiciário, percebe-se um avanço e consolidação do posicionamento doutrinário voltado à justificação de um acentuado controle judicial e, em sentido oposto, um encolhimento dos trabalhos que defendem a deferência à escolha do Poder Público. Para além da legalidade, passa-se a defender que os atos sejam controlados também em função de princípios⁶⁵.

⁶¹ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 230.

⁶² FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Curso de derecho administrativo**. 6. ed. Madrid: Civitas, 1999, p. 84.

⁶³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais. *In: Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 83-84, 2008. Disponível em: <<https://publicacoes.uniceub.br/prisma/article/viewFile/569/494>>. Acesso em: 20 jul. 2021.

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 554.

⁶⁵ MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 84-85.

A constitucionalização do Direito Administrativo exerce papel importante neste processo de maior controle judicial dos atos da Administração. O processo de ampliação e fortalecimento da jurisdição constitucional operado durante o século XX, especialmente após a experiência nazifascista, firmou a ideia de que as constituições são normas jurídicas dotadas de eficácia e aplicabilidade direta e, considerando também sua especial relevância quando da existência de lacunas legislativas, de que possuem supremacia formal e material. E mais: a constitucionalização do direito implica no reconhecimento de que toda a legislação infraconstitucional tem de ser interpretada e aplicada à luz da constituição, que deve ser tomada como uma bússola pelos intérpretes⁶⁶. Passa-se, pois, a uma constituição “invasiva, que condiciona a legislação, a jurisprudência, a doutrina e os comportamentos dos atores políticos”⁶⁷.

Neste sentido, as próprias constituições passam por uma reconfiguração de seu papel, já que por um longo período de tempo o seu valor jurídico manteve-se em estado de latência⁶⁸, não sendo consideradas verdadeiras fontes de normas jurídicas, mas muito mais uma proclamação retórica de valores e diretrizes políticas. No chamado período do legicentrismo os preceitos constitucionais deveriam inspirar o legislador, mas não poderiam ser aplicados pelos juízes na resolução de controvérsias judiciais, que deveriam ser fundamentadas nas leis em vigor, originadas da soberania popular e expressas especialmente no Código Civil⁶⁹. Assim, se até então as constituições eram tidas como o documento normativo do qual as normas jurídicas retiram sua validade, passaram a, além disso, encerrar regras, valores e princípios norteadores da sociedade e que devem ser tomados como bússola na aplicação e interpretação de todo o sistema⁷⁰, paradigma que pode

⁶⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 62-65.

⁶⁷ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 81.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53.

⁶⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 61-62.

⁷⁰ BEDENDI, Luiz Felipe Ferrari. Ainda Existe o Conceito do Mérito do Ato Administrativo como Limite ao Controle Jurisdicional aos Atos Praticados pela Administração? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. (Coords). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 285.

ser sintetizado na feliz expressão de Paulo Bonavides “ontem os códigos; hoje as constituições”⁷¹.

Por seu turno, o paradigma da legalidade administrativa cede espaço à juridicidade, de modo que a lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação administrativa para se tornar apenas mais um dos princípios do sistema de juridicidade. Assim, além das regras balizadoras, também princípios como a moralidade, a dignidade da pessoa humana e a igualdade passam a dever ser observados e perseguidos⁷², o que aumenta as oportunidades de intervenção judicial na atuação do Poder Público⁷³, agora para evitar confrontos dos atos administrativos com os princípios constitucionais.

Luís Roberto Barroso afirma que a vinculação do administrador à constituição e não apenas à legislação ordinária enseja a possibilidade de atuação da Administração com base diretamente em normas constitucionais, havendo uma substituição do princípio da legalidade pelo princípio da constitucionalidade⁷⁴. Pensamento similar é extraído da obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, citando a influência da Constituição Alemã de 1949, registra que “hoje, a discricionariedade administrativa é vista como uma liberdade de opção entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito, e não apenas perante a lei”⁷⁵.

Este fenômeno de convação da legalidade administrativa em juridicidade decorre, na visão de Binenbojn, de um esvaziamento da legalidade, uma crise legal que se assenta, essencialmente, em cinco fatores: i) a proliferação legislativa; ii) a constatação histórica de que a lei pode ser utilizada como fundamento à perpetuação da barbárie, sendo insuficiente para assegurar a liberdade e trazer justiça; iii) o destaque alcançado pelas constituições enquanto sistema de princípios; iv) a criação de uma de atos normativos infraconstitucionais que podem, sem

⁷¹ A frase fez parte do pronunciamento do professor Bonavides por ocasião do recebimento da medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998.

⁷² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 70.

⁷³ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 52.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do Direito Administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Flávio de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 49.

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *In*: CARLIN, Volnei Ivo (Org.). **Grandes temas de direito administrativo: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi**. Florianópolis: Conceito Editorial Millennium, 2009, p. 608.

necessidade de maiores intermédios, servirem de fundamento à atuação administrativa”; e v) o antagonismo entre a carência ao Poder Executivo da atribuição normativa de necessita e a limitação do espaço de atuação independente do Poder Legislativo, vez que o Poder Executivo pode exercer alguma influência às atividades legislativas, como com a iniciativa legislativa, o trancamento de pauta do Congresso Nacional e a formação de bases parlamentares⁷⁶.

Em vista da crise legislativa, portanto, e superadas as fases de i) analogia entre o ato administrativo e a sentença judicial – na qual o ato administrativo seria uma mera particularização dos comandos genéricos e abstratos veiculados na lei –; e ii) doutrina do *positive bindung* – entendimento de existência de uma vinculação negativa à lei que, com o escalonamento das normas proposto por Kelsen, assentou-se no entendimento de que a Administração deve ter a lei por fundamento de seus atos –, não se pode mais tomar a lei como único fundamento dos atos da Administração Pública, sendo necessário que o administrador esteja atento e obedeça aos ditames constitucionais, mesmo quando isso implique em um agir *contra legem*⁷⁷.

Esta concepção, segundo Binenbojn, vem sendo classificada como neoconstitucionalismo⁷⁸ e tem o sentido de reinterpretar os institutos, buscando não só evitar conflitos com a constituição, mas também potencializar seus valores e objetivos⁷⁹. Para Barroso, expoente neoconstitucionalista, o neoconstitucionalismo pode ser definido como “um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional” que, a partir de seus marcos histórico, filosófico e teórico, respectivamente, expressa i) “a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX”; ii) “o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre

⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 127-135.

⁷⁷ Ibid., p. 136-142.

⁷⁸ Cecília Caballero Lois expõe que, apesar de incorporado há pouco tempo no vocabulário jurídico e sem um sentido inequívoco, o termo “neoconstitucionalismo” atingiu grande aceitação. LOIS, Cecília Caballero. Teoria constitucional e neoconstitucionalismo no limiar do século XXI: mudança política e aceitabilidade racional no exercício da função jurisdicional. *In*: LOIS, Cecília Caballero; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LEITE, Roberto Basilone (Coords.). **A constituição como espelho da realidade**: interpretação e jurisdição constitucional em debate: homenagem a Silvio Dobrowolski. São Paulo: LTr, 2007, p. 237.

⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 127-135, p. 60.

direito e ética” e iii) “o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”⁸⁰.

Por sua vez, analisando o conceito de neoconstitucionalismo fornecido por Barroso, Elival da Silva Ramos entende que não é possível diferenciá-lo do constitucionalismo, tamanha a sua similaridade. Assim, em linhas gerais, a teoria traduz-se como a defesa, a partir de constituições rígidas e documentais, da segurança jurídica e liberdade em um sistema democrático⁸¹. Para Ramos, os neoconstitucionalistas, embora não se apresentem como tal, são, em verdade, antipositivistas, de modo que o positivismo jurídico não é abertamente questionado ou abandonado, mas desprezado quando necessário para oportunizar a prevalência da “ordem objetiva de valores a que prestam vassalagem”⁸². No mesmo sentido, Dimitri Dimoulis argui que o neoconstitucionalismo está arraigado ao idealismo e à “exaltação retórica da missão ética dos operadores do direito”, tentando atribuir ao sistema jurídico as características de justo e moral, sem, contudo, explicitar os fundamentos legais e os métodos de sua atuação⁸³.

Ramos também anota que com o advento do neoconstitucionalismo há um significativo aumento na valorização de princípios constitucionais para fins hermenêuticos, que ultrapassa o caráter vinculante das normas-princípio e caracteriza uma “autêntica principiologização do Direito Constitucional que passa a desprezar as regras em favor de princípios e a deles extrair desdobramentos que competiria ao legislador infraconstitucional disciplinar”⁸⁴. A principiologização do Direito viabiliza uma demasiada flexibilização normativa e legitima uma atuação imprevisível que pode tomar quaisquer contornos que o intérprete-aplicador deseje, de acordo com suas convicções, dar à lei⁸⁵ e, especificamente no contexto brasileiro,

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, p. 11-12, abr. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 22 jul. 2021.

⁸¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 295.

⁸² Ibid., p. 296-298.

⁸³ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006, p. 52-53.

⁸⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 299.

⁸⁵ Ibid., p. 300-301.

na medida em que aumenta a esfera de controle do Poder Judiciário sobre os outros dois Poderes, é um fator de impulsão ao ativismo judicial⁸⁶ e à judicialização da política, elementos que se passa a abordar mais detalhadamente agora.

2.2 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.

O termo “ativismo judicial” tem seu primeiro emprego datado de 1947, em artigo de historiador norte-americano Arthur Schlesinger Jr. publicado pela revista *Fortune* no mês de janeiro daquele ano com o título “The Supreme Court: 1947”. No trabalho, o autor pretendia descrever “um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, que permite uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais” e uma interferência mais intensa na seara de atuação dos demais Poderes⁸⁷. Antoine Garapon, entusiasta do ativismo judicial, refere que o processo se inicia quando “entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar”⁸⁸.

Contemporaneamente, Luís Roberto Barroso entende que o ativismo judicial pressupõe uma conduta proativa de interpretação jurídica e constitucional, geralmente expandindo o sentido e o alcance da norma aplicável⁸⁹, o que implica numa maior interferência do Poder Judiciário no espaço de atuação dos outros dois Poderes para a concretização dos valores e fins constitucionais⁹⁰. O ativismo, então, se manifesta essencialmente pela aplicação direta do texto constitucional em detrimento da legislação ordinária, seja pela invalidação de atos emanados pelo Poder Legislativo ao argumento de inconstitucionalidade, seja pela “imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”⁹¹.

⁸⁶ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *In*: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 04.

⁸⁷ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 17.

⁸⁸ GARAPON, Antonie. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 54.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 335.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012, p. 29.

⁹¹ *Ibid.*, p. 29.

Torbjörn Vallinder apresenta uma visão não tão poética e elogiosa sobre o significado do ativismo judicial, que para ele se refere à “expansão da seara dos tribunais ou dos juízes às custas de políticos e/ou administradores”⁹². Na mesma linha, Cláudio Ladeira de Oliveira assevera que ativismo judicial simboliza uma atuação dos juízes não somente de fazer cumprir a lei em sentido formal, mas também de reivindicar para si a competência institucional e a distinção intelectual para determinar o sentido preciso de princípios constitucionais de caráter abstrato como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade de expressão⁹³.

Assim, mais do que uma conduta proativa das instituições judiciais, o ativismo se caracteriza pela invasão do Judiciário nas competências – inclusive das que compõem o núcleo das funções típicas – de outro Poder, seja o Legislativo ou Executivo, mesmo sem haver prescrição normativa que o subjugue hierarquicamente ao Poder Judiciário ou que autorize a sua exacerbada atuação⁹⁴.

Por sua vez, no que tange à judicialização, Vallinder é didático ao aduzir que é um processo que envolve “transformar algo em alguma forma de processo” e, como consequência, a judicialização da política pode significar a transferência do poder de tomada de decisões pelo Legislativo e Executivo e do serviço público aos tribunais e também o extravasamento dos métodos decisórios judiciais para além da esfera judicial, às expensas de políticos e administradores⁹⁵. Para Ran Hirschl, trata-se de um processo de transferência do poder decisório sobre controvérsias políticas, questões de políticas públicas e dilemas morais relevantes para o Judiciário, em detrimento das instâncias tradicionais⁹⁶.

Para Barroso, enquanto o ativismo judicial importa em uma escolha de interpretação pelo julgador, a judicialização da política não decorre de um exercício deliberado da vontade política, mas do modelo constitucional que se adotou, no qual

⁹² VALLINDER, Torbjörn. A judicialização da política: um fenômeno mundial. *In*: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da política**. 1. Ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 15.

⁹³ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 16, p. 183-216, 2015, p. 192-193. Disponível em <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/642>>. Acesso em: 12 jul. 2021.

⁹⁴ VERÍSSIMO, Marcus Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV São Paulo**, vol. 4, n. 2, jul./dez. 2008, p. 422.

⁹⁵ VALLINDER, Torbjörn. A judicialização da política: um fenômeno mundial. *In*: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política**. 1. ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 15.

⁹⁶ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política. *In*: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da política**. 1. ed. São Paulo: 22 Editorial, p. 131-167, 2012. p. 131.

“se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria”⁹⁷. Para o jurista, a judicialização ocorre quando questões de repercussão política ou social começam a ser decididas por órgãos do Poder Judiciário e não mais pelas instâncias políticas de tradição (Congresso Nacional e Poder Executivo)⁹⁸ e decorre essencialmente de três fatores: a redemocratização, a abrangência do controle de constitucionalidade brasileiro e a constitucionalização abrangente⁹⁹. A postura, não se pode deixar de anotar, afasta o juiz constitucional do “legislador negativo” preconizado por Kelsen, para quem a anulação de uma lei implica, em si, no estabelecimento de uma norma geral, na medida em que possui o mesmo caráter genérico de sua elaboração “nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e, portanto, ela própria uma função legislativa. E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo”¹⁰⁰.

Apesar de suas singelas diferenças, o ativismo judicial e a judicialização da política possuem propulsores comuns e incluem outros fatores além do já mencionado neoconstitucionalismo, este que promove um alargamento das possibilidades de interferência do órgão judicial nas decisões tomadas pela Administração a título de oferecer uma diferente – e melhor – interpretação dos ditames constitucionais para o caso *in concreto*.

Dentre estas causas comuns está o Estado intervencionista inaugurado após a Segunda Guerra Mundial, que traz consigo uma ampla gama de atividades econômicas, na forma de serviços públicos, de responsabilidade estatal; de instrumentos para intervenção no domínio econômico que abrangem atividades que, a princípio, eram reservadas à iniciativa privada¹⁰¹; e da constitucionalização de um generoso rol de direitos e garantias¹⁰², muitos consubstanciados em prestações

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012, p.2.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium** - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 332-334.

¹⁰⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug et al. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 151-152.

¹⁰¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 283-295.

¹⁰² STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do Direito**, 2009, p. 2.

estatais. No contexto brasileiro, a constitucionalização do Direito intensificou-se com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, se até então vicejava na sociedade o sentimento de que “não era pra valer”, o ciclo foi rompido e a Constituição passou a ser invocada no dia-a-dia dos tribunais, tanto pelos magistrados quanto pelas partes litigantes¹⁰³.

Na visão de Barroso, entretanto, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988 já era possível observar que suas muitas de suas previsões estavam fadadas ao fracasso, dada a indiferença ao abismo entre o texto constitucional e a realidade¹⁰⁴. Após o início de sua vigência, portanto, iniciou-se o trabalho teórico e judicial de tentativa de efetivação das garantias constitucionais, marcado pelo “esforço da teoria constitucional para que o Judiciário assumisse o seu papel e desse concretização efetiva aos princípios, regras e direitos inscritos na Constituição”¹⁰⁵.

Também colabora para a expansão do ativismo judicial e da judicialização da política a descrença nos órgãos representativos por parte dos movimentos sociais, grupos de interesse e ativistas políticos, especialmente quando contrastada as imagens de troca de favores e manobras de assistência mútua com fins eleitoreiros e a relativa integridade e abertura dos processos judiciais¹⁰⁶. Neste contexto, enquanto as sendo as instituições políticas são tidas como altamente burocráticas e tendenciosas, os órgãos decisórios são comumente vistos como mais respeitáveis, imparciais e eficientes¹⁰⁷. Waldron, entretanto, chama atenção ao fato de que nas comparações entre as instituições políticas e judiciais não são observadas as mesmas bases e isso implica na contraposição das virtudes destas últimas às imperfeições das primeiras¹⁰⁸, o que acarreta distorções na análise de sua integridade.

De acordo com Ladeira, em que pese as conotações negativas

¹⁰³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 66.

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, Número Especial, Brasília, 2015, p. 23-50.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 27.

¹⁰⁶ BRAND, Vanessa Bussolo. **Quem vigia o vigilante?** Uma análise judicialização do Poder Executivo brasileiro. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018, p. 26-29.

¹⁰⁷ HIRSCHL, Ran. A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. *In*: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da política**. 1. ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 31.

¹⁰⁸ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 2.

frequentemente atribuídas às instituições eminentemente políticas, não há razões sérias para acreditar que hoje a corrupção seja um problema maior do que em outros períodos da história. Em verdade, em vista da imprensa livre, do regular funcionamento das instituições políticas e liberdade de atuação da sociedade civil, apesar da ênfase na corrupção nas instituições políticas, é possível supor que tenha havido até mesmo uma diminuição de sua incidência¹⁰⁹.

Soma-se, ainda, aos fatores que impulsionam o ativismo judicial e a judicialização da política, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade¹¹⁰ que costuma ter associado à sua existência a defesa dos direitos e garantias fundamentais expressos no texto constitucional¹¹¹ e que, pela imprescindibilidade da supremacia da Constituição à existência do Estado Democrático de Direito, torna necessário o controle de constitucionalidade dos atos com repercussão no mundo jurídico e a garantia da superioridade dos princípios e normas constitucionais¹¹². A amplitude do rol de legitimados para propositura de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade¹¹³ “fortalece a impressão de que o constituinte pretendeu reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro, como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente”¹¹⁴. Juntamente à ampliação do rol de legitimados à propositura das ações de controle abstrato de normas nos sistemas difusos, como o brasileiro, Ramos afirma que o alargamento do seu objeto, para contemplar também “a omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional” e a arguição de descumprimento de preceito fundamental oferecem

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causa e consequências. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 16, p. 183-216, 2015, p. 193-194. Disponível em <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/642>>. Acesso em: 13 jul. 2021.

¹¹⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 303-308.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 24.

¹¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. O controle de constitucionalidade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Constituição, Política e Cidadania**: em homenagem a Michel Temer. Porto Alegre: Giw Editora Jurídica, 2013, p. 88.

¹¹³ O artigo 103 da Constituição de 1988 dispõe que são legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹¹⁴ STRECK, Lênio Luiz.; MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao artigo 103. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. et al (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1410.

uma grande gama de possibilidades de interferência do Poder Judiciário nos outros Poderes¹¹⁵.

Ademais, vale reforçar que, enquanto com a interpretação da lei sob a ótica do positivismo jurídico, os atos do Poder Executivo eram observados unicamente a respeito dos seus aspectos formais, sem vinculação a um conteúdo de justiça¹¹⁶, no contexto de crescimento da atuação judicial em face dos demais Poderes, o controle de atos expedidos pela Administração Pública ganha destaque em virtude da menor discricionariedade do administrador público que, diferentemente do legislador, está sujeito ao princípio à estrita observância do que lhe é autorizado pela lei, de modo que, tanto maior for a sujeição do agente às normas de caráter prescritivo, maior pode ser o controle jurisdicional de sua conduta.

De maneira geral, no contexto atual, o exercício da atividade administrativa se dá por intermédio de atos administrativos de caráter vinculado – aos quais a lei estabelece os requisitos e condições e que as imposições legais absorvem, quase que completamente, a liberdade do administrador¹¹⁷ – e de natureza discricionária, “que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critério de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles”¹¹⁸. No que tange aos atos administrativos discricionários, especificamente, conforme explorado anteriormente, a rigor pressupõem-se a existência de algum grau de liberdade de atuação do administrador público, segundo seus próprios critérios de conveniência e oportunidade; uma maior faculdade política. Há, portanto, uma zona de indeterminação concedida pelo legislador para que o administrador público atue de forma que melhor lhe convenha em algumas circunstâncias¹¹⁹.

Na análise de Ladeira e Moura, entretanto, em se tratando de questões relevantes para a vida política, parece haver uma tendência de identificar algum conflito

¹¹⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 289-292.

¹¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *In*: CARLIN, Volnei Ivo (Org.). **Grandes temas de direito administrativo**: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi. Florianópolis: Conceito Editorial Millennium, 2009, p. 607.

¹¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 149.

¹¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 438.

¹¹⁹ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 81.

constitucional que permita ao Poder Judiciário legitimar sua interferência sem preocupações quanto à sua intensidade, visto que, com isso, seria necessária manifestação judicial sobre o tema¹²⁰. Em sentido similar, Oscar Vilhena Vieira assinala uma redução da liberdade no campo da política, uma vez que movimentos de maior visibilidade por parte do Poder Executivo ou do Poder Legislativo podem ensejar a instauração de um incidente de inconstitucionalidade a ser analisado judicialmente¹²¹.

Ademais, ao passo em que há um progressivo crescimento do ativismo judicial e da judicialização da política, há uma proporcional diminuição da discricionariedade da Administração Pública e o surgimento de novos parâmetros de controle do ato administrativo. Conforme Gustavo Binbenbojm¹²², o processo passa por quatro etapas: i) a possibilidade, a partir da teoria dos elementos do ato, de sindicalização exclusivamente dos elementos vinculados (competência, forma e finalidade) dos atos administrativos discricionários; ii) o desenvolvimento de teorias de controle que consideram parâmetros implícitos em lei¹²³; iii) “o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados; e iv) o desenvolvimento da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais”¹²⁴. Assim, os atos administrativos passam a ser classificados em uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa, em substituição à classificação de vinculados e discricionários¹²⁵.

Na visão de Barroso, isto significa uma superação do “conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo”¹²⁶, que concedia uma revisão dos atos somente no tocante aos aspectos formais (competência, forma e finalidade), não do mérito (motivo, objeto) por força da incidência de princípios como “moralidade, eficiência e, sobretudo, razoabilidade-

¹²⁰ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de.; MOURA, Suellen. Judicialização da Política e Poder Legiferante: a ilegitimidade da interferência do Supremo Tribunal Federal na política nacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 23, n. 2, maio/ago, 2018, p. 485-486.

¹²¹ VILHENA, Oscar. Supremocracia. **Revista Direito GV São Paulo**. São Paulo, n. 8, jul/dez, 2008, p. 447.

¹²² BINENBOJIM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 199.

¹²³ Como o desvio de poder e a teoria dos motivos determinantes.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 199.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 211.

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do Direito Administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 49.

proporcionalidade”¹²⁷. Para o jurista, a principal razão para a alteração de paradigma foi a aplicação dos princípios constitucionais no direito público codificado, não apenas os princípios específicos da Administração Pública, insculpidos no artigo 37 da Constituição, mas sobretudo os de caráter geral, tais como dignidade da pessoa humana e igualdade¹²⁸.

Para Lênio Streck, entretanto, esta mudança de paradigma a respeito do controle judicial do ato administrativo está inserida em um contexto maior de influência da interpretação constitucional, sobretudo no que se refere uso desmedido de princípios constitucionais – questão esta crescida sob o manto neoconstitucionalista –, intenta driblar o conteúdo democraticamente elaborado pelo legislador¹²⁹. Nesta mesma linha, adverte de que quando a decisão judicial rompe com a noção de Estado de Direito em que há que se seguir as prescrições normativas, os pronunciamentos judiciais passam a seguir a vontade de quem julga e “o juiz sempre exercerá sua discricionariedade, ‘selecionando, entre muitos pontos de vista deixados abertos pelo direito, aquele que está mais próximo de suas preferencias subjetivas’”¹³⁰.

Com a intensificação da “fuga” de temas políticos para dentro dos órgãos judiciários¹³¹ dada a ampliação do ativismo judicial e da judicialização da política, o Poder Judiciário passa a se imiscuir cada vez mais em searas antes entendidas como de competência privativa da Administração Pública e, mais do que isso, a tomada de decisões com base exclusivamente em princípios tende a uma substituição das “escolhas dos governantes democraticamente eleitos pela vontade subjetiva do magistrado”¹³².

¹²⁷ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do Direito Administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 49.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 49-50.

¹²⁹ STRECK, Lênio Luiz. Judiciário quer nomear ministros: sugiro para a Saúde um não fumante. **Conjur**, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-11/senso-incomum-judiciario-nomear-ministros-sugiro-saude-nao-fumante>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

¹³⁰ STRECK, Lênio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, nº especial, 2015, p. 58.

¹³¹ VERÍSSIMO, Marcus Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV São Paulo**, vol. 4, n. 2, jul./dez. 2008, p. 408.

¹³² CONTI, Luiz Eduardo Lapolli. Controle principiológico da administração pública e ativismo judicial: uma análise da intervenção do judiciário nas nomeações do executivo para cargos políticos. *In*: OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de Oliveira; DUTRA, Delamar Volpato; MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira (Orgs.). **Ensaios sobre constitucionalismo político**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2019, p. 174.

Não bastasse isto, a expectativa de que as questões cruciais de ordem política, moral e econômica sejam decididas por um pequeno conjunto de indivíduos em um tribunal, com linguagem de difícil aceção para quem não é versado em direito e por pessoas em que nunca se votou¹³³ possui um lado maligno que pode passar despercebido. É o caso de que “aqueles interessados em decisões têm motivos para buscar influenciar e, se possível, controlar as nomeações para os tribunais e outras instituições jurídicas”, o que faz com que a judicialização da política culmine também em uma “politização dos tribunais”¹³⁴.

Se, por um lado, possui fundamento a ideia de que a ausência de fiscalização, inclusive pelo Poder Judiciário, ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, pode permitir “que o poder administrativo atue com desrespeito para com os direitos dos indivíduos, ou que majorias políticas possam subjugar com violência grupos minoritários”¹³⁵, se afigura igualmente importante atentar à situação oposta: “o risco de uma postura inversa por parte do judiciário, isto é, os obstáculos criados para o Estado Democrático de Direito por parte de um judiciário que assuma uma postura ativa na interpretação de cláusulas abstrata de direitos fundamentais”¹³⁶.

Para Adrian Vermeule, a sacralização de valores em uma sociedade e adoção de medidas para protegê-los a qualquer custo – o que se pode dizer vem sendo feito nas democracias ocidentais com a difusão do discurso neoconstitucionalista – é medida inadequada para a proteção intentada, assim como de modo geral são as medidas de precaucionárias. É justamente sobre esta questão que se debruça o próximo capítulo.

¹³³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV São Paulo**, vol. 4, n. 2, jul./dez. 2008, p. 442.

¹³⁴ FEREJOHN, John. Judicializando a política, politizando o direito. *In*: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 91.

¹³⁵ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causa e consequências. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 16, p. 183-216, 2015, p. 195. Disponível em <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/642>>. Acesso em: 12 jul. 2021.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 195-196.

3 CAPÍTULO II: CONSTITUCIONALISMO DE PRECAUÇÃO E CONSTITUCIONALISMO DE OTIMIZAÇÃO

Há quem defina a constituição como um instrumento que cria e atribui poder ao Estado e ao governo para coordenar expectativas e a outras instituições para criar leis¹³⁷; outros entendem que a constituição vincula as maiorias e as protege de seus próprios excessos e falhas¹³⁸; ainda, que as constituições se prestam a proteger os direitos de minorias¹³⁹; ou que têm a função de enunciar os princípios morais de dignidade humana, liberdade e igualdade¹⁴⁰; e, mais genericamente, que as constituições balizam a democracia¹⁴¹. Como se observa, há uma vasta gama de teorias acerca do papel das constituições. Apesar de todas as proposições acima serem verdadeiras, entretanto, falta entre elas um ponto de convergência.

Tendo em conta este cenário, Adrian Vermeule formulou uma proposta de unificação das teorias do constitucionalismo: a interpretação de que as constituições se prestam a regular riscos políticos. Para além disso, o Professor sustenta que, na abordagem de regulação de riscos políticos, as constituições devem primar por sua otimização ao invés de sua precaução, adotando uma postura madura. Estas duas proposições, que são indicadas por Vermeule como independentes¹⁴², são aderidas no presente trabalho e serão objeto deste Capítulo II.

¹³⁷ Como Russell Hardin em **Liberalism, Constitutionalism, and Democracy**. New York: Oxford University Press, 2003.

¹³⁸ Como na ilustração de Peter drunk – Peter sober, de Stephen Holmes (Precommitment and the Paradox of Democracy. *In*: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.), **Constitutionalism and Democracy**. New York: Cambridge University Press, 1988, p. 196), que indica que “A constituição é o Pedro sóbrio, enquanto o eleitorado é Pedro bêbado. Os cidadãos precisam de uma constituição, assim como Ulysess precisava ser amarrado ao seu mastro”. No original: “A constitution is Peter Sober while the electorate is Peter drunk. Citizens need a constitution, just as Ulysess needed to be bound to his mast”.

¹³⁹ Neste sentido, ver: ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

¹⁴⁰ Como o faz Ronald Dworkin em sua obra **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

¹⁴¹ Tal qual Cass Sunstein em sua obra **Designing Democracy: What Constitutions Do**. New York: Oxford University Press, 2001.

¹⁴² Para Adrian Vermeule (**The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 10), ambas as propostas - de que o direito constitucional se presta a gerir e regular os riscos de segunda ordem e de que a melhor forma de pôr em prática tal gestão de riscos é por meio do constitucionalismo de otimização - são independentes. Nas palavras do autor, tal se justifica porque “pode-se subscrever a macro-ideia de que o direito constitucional gere os riscos políticos sem aceitar a afirmação mais restrita de que o constitucionalismo de otimização é a melhor abordagem”. No

3.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO RISCO.

Quando da elaboração das normas constitucionais¹⁴³ e, posteriormente, quando da aplicação e interpretação das mesmas¹⁴⁴, é natural que os legisladores e intérpretes constitucionais sejam circundados por um conjunto de incertezas.

Vermeule diferencia incerteza de outros dois termos assemelhados: risco e ignorância. Em decisões tomadas sob incerteza, os possíveis resultados podem ser especificados e as utilidades anexadas a eles, mas probabilidades não podem ser atribuídas aos resultados, ou pelo menos as atribuições de probabilidade não têm credenciais epistêmicas - elas são palpites não ancorados que não precisam ser ligados a nada real. Por sua vez, em um cenário em que há risco, o tomador de decisões pode identificar um conjunto discreto de resultados possíveis e atribuir a cada resultado uma probabilidade de ocorrer e uma consequência útil na hipótese de ocorrer. Por fim, quando sob a ignorância, até mesmo o alcance e a natureza dos resultados possíveis é pouco claro ao tomador de decisões¹⁴⁵.

Apesar das distinções entre os termos, Vermeule utiliza todas as definições como sinônimas para os fins a que se propõe em sua obra. Para o professor, o termo “risco” é um grande guarda-chuva semântico, que engloba também os sentidos de incerteza e ignorância, o que justifica seus usos como sinônimos, a menos que o contexto exija a exata aplicação de uma destas expressões¹⁴⁶.

No contexto de elaboração e interpretação de normas constitucionais, as incertezas derivam da possibilidade de identificar e tratar de conjunturas potencialmente prejudiciais ao regular funcionamento da sociedade, que podem ou não se materializar “e que muito possivelmente competem umas com as outras, porque as medidas tomadas para prevenir um risco podem exacerbar outro risco

original: “[...] one may subscribe to the macro-idea that constitutional law manages political risks without accepting the narrower claim that optimizing constitutionalism is the best approach”.

¹⁴³ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 04.

¹⁴⁴ Ibid., p. 44

¹⁴⁵ Ibid., p. 06-07.

¹⁴⁶ Ibid., p. 06.

diferente, ou podem até exacerbar o próprio risco alvo”¹⁴⁷. É, portanto, um momento desafiador e repleto de inseguranças.

É neste contexto que Vermeule, em sua ambiciosa intenção de apresentar uma delimitação que congregue as diversas teorias sobre o constitucionalismo¹⁴⁸, divide os riscos a ser administrados pelos legisladores, intérpretes constitucionais e demais atores relevantes no cenário político em dois conjuntos, denominados riscos de primeira ordem e riscos de segunda ordem¹⁴⁹.

Nesta divisão, os riscos de primeira ordem são a matéria-prima das políticas substanciais de governo. São riscos que, em síntese, i) decorrem de forma não intencional de ações humanas, como crises econômicas geradas por ações descoordenadas de finanças; ii) resultam de ações humanas premeditadas, como os atos de terrorismo; e iii) surgem da interação entre os seres humanos e a natureza, como as inundações e desmoronamentos, na medida em que o incorreto descarte de lixo e ocupação de locais sem análise prévia das condições do solo acabam por criar contextos favoráveis à ocorrência destes desastres¹⁵⁰.

Por sua vez, os riscos de segunda ordem são os perigos políticos, que se materializam por conta dos desenhos institucionais, alocação de poder entre as instituições para a tomada de decisões quanto aos riscos de primeira ordem e seleção de pessoal. A lei constitucional institui o poder do governo e o aloca de maneira complexa a um conjunto de instituições estruturadas pela mesma lei. Disto, podem derivar consequências boas ou ruins, o que desafia os legisladores constitucionais a, de alguma forma, comparar e equilibrar as benesses e malefícios

¹⁴⁷ No original “[...] the measures taken to prevent one risk may exacerbate a different risk, or may even exacerbate the target risk itself”. Ibid., p. 03.

¹⁴⁸ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 02. Neste ponto, o autor analisa que “Nosso problema não é que não temos boas teorias de constitucionalismo, mas que temos muitos, com pouca compreensão de como os objetivos e valores plurais do constitucionalismo se relacionam uns com os outros sob as condições de incerteza que atormentam a formulação de regras. Nenhuma das teorias de ações do constitucionalismo fornece uma estrutura analítica abrangente para lidar com as compensações saturadas de risco entre bens os constitucionais”, em tradução livre. No original: “[...] Our problem is not that we have no good theories of constitutionalism, but that we have too many, with too little understanding of how the plural aims and values of constitutionalism relate to one another under the conditions of uncertainty that bedevil constitutional rulemaking. None of the stock theories of constitutionalism provides an overarching analytic framework for addressing risk-saturated tradeoffs among constitutional goods”.

¹⁴⁹ Ibid., p. 03-04.

¹⁵⁰ Ibid., p. 03.

que surgem dos diferentes arranjos institucionais - precisamente o tipo de decisão que a análise de risco aborda¹⁵¹.

Na maior parte das vezes, os riscos de primeira ordem simplesmente “acontecem”. Não há, por exemplo, interferência estatal em uma erupção vulcânica – apesar de que, não se ignora, possam existir políticas que ofereçam maior ou menor incentivo para habitar o seu entorno. Por conta disso, Vermeule afirma que os riscos de primeira ordem são tratados utilizando a teoria da decisão, que acolhe decisões não interativas e não estratégicas¹⁵². No extremo oposto, situam-se os riscos de segunda ordem, que, interativos e estratégicos, devem ser manipulados com a utilização da teoria dos jogos, na medida em que lidam com estratégias adotadas à luz de um comportamento que se antecipa da outra parte¹⁵³.

Em vista destas distinções, de acordo com a proposição de Vermeule, a melhor compreensão sobre o papel das regras constitucionais e do Direito Público em geral¹⁵⁴ é de que elas se prestam a regular e gerir os riscos de segunda ordem, ou seja, os riscos políticos¹⁵⁵. Esta é, também, a moldura que o autor apresenta para o constitucionalismo, em seu ousado intento de agrupar as teorias existentes, entendendo ser uma definição que abarca as proposições defendidas por outros teóricos¹⁵⁶.

Isto não significa, entretanto, que os legisladores e intérpretes constitucionais devam se ater exclusivamente aos problemas decorrentes do abuso de poder dos oficiais de governo e ignorar aqueles atrelados à atividade privada, ou então que as estipulações constitucionais e de direito público não possam abordar questões relativas à saúde¹⁵⁷, por exemplo. Em verdade, refere que o objeto principal são os riscos políticos e que, portanto, as constituições se prestam, sobretudo, a regular riscos de segunda ordem, havendo uma “constitucionalização do risco”.

Acatando esta proposição e considerando que os desenhos institucionais criam múltiplos possíveis desdobramentos – bons e ruins –, as constituições podem

¹⁵¹ Ibid., p. 03-04.

¹⁵² VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 07.

¹⁵³ Ibid., p. 07.

¹⁵⁴ Ibid., p. 17.

¹⁵⁵ Ibid., 2014, p. 04.

¹⁵⁶ Ibid., p. 02.

¹⁵⁷ Neste ponto, inclusive, cumpre rememorar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por exemplo, expressamente prevê em seu artigo 6º o direito à saúde como direito social e reforça, no artigo 196, a obrigação do Estado a seu respeito.

ser “justificadas e criticadas como dispositivos mais ou menos bem-sucedidos na administração dos riscos que surgem na e da política”¹⁵⁸. Dentre estes riscos, incluem-se as tiranias e ditaduras, trocas irregulares de favores entre funcionários, atos de opressão contra minorias, perpetração de preconceitos ou corrupção na adjudicação, regulamentação e tomada de decisões políticas e toda a série de graves problemas que colocam em perigo a liberdade, a igualdade e a democracia¹⁵⁹.

Tendo em conta, então, que as constituições se prestam a gerir, sobretudo, os riscos advindos da alocação de poder entre as instituições e seu manejo pelos funcionários destas instituições, a próxima questão que se coloca é como administrar estes riscos de segunda ordem.

Para tanto, a segunda formulação de Adrian Vermeule é de que, em se tratando de instrumentos que regulam riscos políticos, as constituições e seus intérpretes podem fazê-lo a partir da precaução dos riscos ou de sua otimização, ao que se atribuem, respectivamente, as nomenclaturas de constitucionalismo de precaução e constitucionalismo de otimização. Nas próximas páginas, ambas as visões serão apresentadas e confrontadas.

3.2 O CONSTITUCIONALISMO DE PRECAUÇÃO.

O constitucionalismo de precaução é a concepção segundo a qual os legisladores e os intérpretes constitucionais¹⁶⁰ devem assegurar que as constituições sejam desenhadas e interpretadas de forma a prevenir que o poder alocado entre as instituições seja objeto de abuso ou exacerbação pelos agentes que o exercem. A adoção das precauções visa impedir os riscos decorrentes da alocação de poder entre as instituições – ditadura ou tirania, corrupção e violação de direitos de minorias ou outros danos decorrentes da política de similar gravidade – se materializem¹⁶¹.

¹⁵⁸ No original: “[...] may be justified and criticized as more or less successful devices for managing a range of risks that arise in and from politics”. VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 02-03.

¹⁵⁹ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 09.

¹⁶⁰ Ibid., p. 05.

¹⁶¹ Ibid., p. 11.

Na perspectiva do constitucionalismo de precaução, o ônus da incerteza sobre as ações dos agentes políticos deve pesar contra as instituições, na medida em que o poder dos agentes públicos de causar danos é tomado como maior do que sua capacidade de promover melhorias, o bem-estar social, a liberdade e a justiça¹⁶². Pode-se dizer, de certa forma, que o constitucionalismo de precaução possui é uma visão Hobbesiana do poder estatal, absolutamente pessimista quanto à atuação humana em cargos que atribuam alguma parcela de poder de tomada de decisões e que intenta prevenir que ocorram abusos decorrentes disso.

Sempre considerando a existência de risco à liberdade, à igualdade e à democracia¹⁶³ em decorrência do abuso de poder pelas autoridades, o constitucionalismo de precaução é um espectro que contempla extremos. A abordagem mais branda – ou mínima – pode ser definida como uma presunção refutável, ou mesmo uma mera regra de desempate, no sentido de que as precauções contra riscos políticos devem ser acatadas a menos que haja razão aparente para se afastar delas¹⁶⁴.

Já no limite oposto se encontra o chamado constitucionalismo *maximin*¹⁶⁵, que se caracteriza pela absoluta desconfiança do poder estatal e do possível abuso de poder. A partir desta visão, deve-se agir com a certeza de que os agentes políticos abusarão das parcelas de poder que eventualmente lhes sejam atribuídas para o cometimento de atrocidades e em prejuízo da sociedade. Assim, as medidas de precaução a ser adotadas devem considerar o pior cenário possível e tratá-lo como certo e inevitável¹⁶⁶.

Nesta escala de variações a regulação é ainda mais “preventiva” quanto mais prontamente ou de forma mais vigorosa for sua aplicação para prevenir as

¹⁶² VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 11.

¹⁶³ Ibid., p. 09.

¹⁶⁴ Ibid., p. 11.

¹⁶⁵ Na teoria dos jogos, a regra *maximin* se reporta à estratégia de seleção da alternativa que maximiza a consequência com menos chances de se materializar. Com esta tática, o jogador analisa o pior resultado possível em cada nível de oferta e, em seguida, seleciona o mais alto deles. O tomador de decisão, portanto, escolhe o resultado que é garantido para minimizar suas perdas. Em compensação, ele perde a oportunidade de obter grandes lucros. É, em regra, a abordagem utilizada por pessimistas que buscam alcançar os melhores resultados quando o pior cenário se concretizar. MASCHLER, Michael; SOLAN, Eilon; ZAMIR, Shmuel. **Game Theory**. Cambridge University Press, 2013, p. 176–180.

¹⁶⁶ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 11.

adversidades futuras incertas. De todo modo, é frequente a defesa da adoção de medidas reforçadas contra riscos políticos pelos atores constitucionais e tomadores de decisão¹⁶⁷, o que, inclusive, na realidade brasileira, resulta nos casos que serão analisados no próximo capítulo.

Em alguma medida, o constitucionalismo de precaução reflete valores liberais¹⁶⁸ de aversão ao Estado e, especialmente, ao fato de que os agentes estatais têm ao seu dispor o monopólio dos instrumentos estatais de coerção. Para Vermeule, dois marcos desta visão são encontrados i) no argumento de Karl Popper de que a pergunta “quem deve governar” deve ser substituída pela questão “como podemos organizar a instituições políticas de modo que governantes ruins ou incompetentes sejam impedidos de causar muito dano”; e ii) na obra de Judith Shklar, especialmente “liberalismo do medo”, em que a estudiosa sustenta, em linhas gerais, que os políticos liberais deveriam estar mais preocupados com os perigos da tirania e da guerra à liberdade do que em celebrar esta última¹⁶⁹. É interessante observar neste ponto que, apesar das especificidades de cada teórico, a descrença nos agentes públicos atravessa teorias liberais de direito e constitucionalismo.

3.2.1 As justificativas do constitucionalismo de precaução.

Independentemente da época ou do espectro de intensidade das medidas acatrelatórias, as premissas para justificar o emprego do constitucionalismo de precaução tendem a ser semelhantes. Adotando como guia o temor de eventuais danos decorrentes do abuso do poder pelos agentes estatais, podem ser elencados seis pressupostos para a defesa da perspectiva precaucional de manejo dos riscos políticos: i) haverá abuso de poder sempre que houver a possibilidade; ii) as instituições expandirão seu poder sempre que puderem; iii) é melhor prevenir do que remediar, porque após a materialização do risco pode ser tarde demais; iv) há riscos políticos que, apesar de extremamente improváveis de se materializar, podem ter

¹⁶⁷ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 39.

¹⁶⁸ No sentido de teoria política.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 13.

efeitos devastadores caso ocorram; v) as precauções devem ser redundantes e robustas; e vi) simplesmente, devem ser evitados os riscos relacionados à política.

A desconfiança possui lugar central na defesa do constitucionalismo de precaução e é evidenciada pelo primeiro pressuposto de sua aplicação, que pode ser sumarizado em “se o poder puder ser objeto de abuso, ele o será”. A descrença sobre as intenções dos agentes oficiais é, de modo geral, o principal argumento esboçado pelos defensores do constitucionalismo de precaução em seu favor¹⁷⁰.

Em se tratando do manejo do poder estatal por seus agentes, o seu uso indevido e potencialmente prejudicial deve ser tratado como inevitável. Nesta linha, a concessão de poder discricionário é a chave para que, em todos os níveis de governo, os agentes oficiais o utilizem para buscar objetivos próprios ou para promover o bem-estar de grupos de interesse e coalizões políticas, ao invés de contemplar os cidadãos como um todo¹⁷¹. Assim, a projeção e garantia de aplicação de medidas acautelatórias são medidas necessárias para assegurar a proteção dos interesses coletivos.

Para Vermeule, esta abordagem possui como ancestral o “princípio da patifaria”¹⁷² de David Hume. Segundo esta máxima, quando da concepção de qualquer sistema de governo e fixação de sistema de controle constitucional, todo cidadão deve ser considerado um patife que, em todas as suas ações, não tem outra motivação além de seus interesses privados. Há que se destacar, neste ponto, que a melhor compreensão deste princípio não é, em si, que todos os cidadãos estejam mal-intencionados em suas condutas, mas que um projeto constitucional funcionará melhor se todos assim forem considerados, podendo ser adotado o maior número de precauções possíveis, em uma espécie de constitucionalismo *maximin*¹⁷³. É neste contexto que ganham força disposições precaucionais como, por exemplo, a revisão judicial de atos do chefe do Poder Executivo antes mesmo de sua concretização ou implementação.

Na transposição da premissa anterior para uma dimensão macro, tem-se o segundo pressuposto manejado para justificar o constitucionalismo de precaução: se

¹⁷⁰ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 48.

¹⁷¹ Ibid., p. 48.

¹⁷² Em tradução livre. No original: “knavery principle”.

¹⁷³ Ibid., p. 30-31.

as instituições puderem, elas expandirão o poder que possuem. As instituições são comandadas por um coletivo de agentes oficiais e são moldadas por estes, na medida em que, enquanto pessoas jurídicas, não possuem, no mundo dos fatos, desejos próprios. Assim, às instituições estatais devem ser estendidas as desconfianças e ressalvas atreladas aos agentes oficiais individualmente¹⁷⁴.

Mais do que isso, deve-se ter em mente que as instituições tendem a expandir sua jurisdição e escopo de arbítrio para um terreno cada vez maior, a fim de construir um império. É o caso, por exemplo, das agências reguladoras, que, apesar de vinculadas ao Poder Executivo, detém considerável independência, combinam as funções de regulamentação, acusação e julgamento¹⁷⁵, são personagens de difícil controle externo e imiscuem-se em diversas searas da sociedade.

É neste âmbito que também se encontram a separação dos Poderes e o sistema de freios e contrapesos enquanto estruturas de contenção ao abuso de poder. No âmbito de desenho e das constituições, a intrínseca aspiração de agigantamento dos entes exige que, mesmo que não haja nenhum problema presente, sejam adotadas precauções contra um risco que provavelmente se materializará em algum momento futuro desconhecido. Neste sentido, a principal justificativa para a separação dos Poderes e os freios e contrapesos é que esses mecanismos servem como “precauções auxiliares” às atribuições específicas de incumbências entre os entes, evitando a concentração de poder nas mãos de uma única instituição, o que constituiria uma salvaguarda inadequada¹⁷⁶.

A terceira premissa que sustenta o constitucionalismo de precaução é que, se os riscos políticos se materializarem, pode ser tarde demais para fazer algo a respeito. Assim, a menos que sejam implementadas medidas de proteção, os eventuais abusos que vierem a ser cometidos serão irremediáveis.

Uma hipótese que ilustra este temor é a transição inesperada para uma ditadura, como por meio de um golpe presidencial ou militar. Neste cenário, as instituições políticas e jurídicas podem ser dizimadas ou simplesmente perder a influência e poder que comumente possuem, nada podendo fazer contra o poderio

¹⁷⁴ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 48.

¹⁷⁵ Ibid., p. 109.

¹⁷⁶ Ibid., p. 31-32.

do Poder Executivo ou das Forças Armadas. Ao mesmo tempo, em casos menos graves, os abusos dos agentes estatais ou o agigantamento das instituições podem criar um novo *status quo* que a política e a lei terão muita dificuldade em alterar, de modo que o melhor caminho à disposição é que o risco seja evitado¹⁷⁷.

As convulsões sociais capazes de culminar em uma ditadura também exemplificam o quarto pilar sob o qual se sustenta o emprego do constitucionalismo de precaução: a atenção aos riscos políticos improváveis de se materializar, mas que cujas possibilidades de ocorrer não podem ser excluídas, sendo extremamente danosos na hipótese de se concretizarem (riscos *fat-tail*¹⁷⁸). Se trata, em outras palavras, de valorizar aos riscos de baixa probabilidade e alto impacto.

Avesso à adoção de medidas desenfreadas para tentar impedir a ocorrência de riscos políticos, Vermeule admite que “seria realmente um erro grave excluir essas possibilidades da consideração, concentrando-se, de maneira míope, em sua baixa probabilidade de ocorrência, ignorando a possibilidade de risco e com enorme potencial para danos”¹⁷⁹. Assim, o ideal é que o legislador constitucional, sensível à existência do risco, considere-o, sem deixar de também sopesar a sua difícil materialização.

O quinto pressuposto invocado para sustentar as medidas acautelatórias é que há necessidade, ante a natureza humana e das instituições já acima abordadas, de que as proteções contra riscos políticos sejam redundantes e robustas. Com isto, o intento é de que sua efetividade seja aumentada.

Redundância, neste contexto, indica que nenhuma medida de cautela estará desacompanhada, como se se tratasse de um jogo de xadrez em que cada peça está protegida por outras. Ao contrário: deve haver uma série de filtros que, funcionando em forma de sistema, conterão todas as tentativas de abuso de poder antes de sua materialização. Por sua vez, a robustez das medidas precaucionais significa que o sistema de filtros será dotado de delineamentos claros e específicos,

¹⁷⁷ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 48-49.

¹⁷⁸ MASCHLER, Michael; SOLAN, Eilon; ZAMIR, Shmuel. **Game Theory**. Cambridge University Press, 2013, p. 210. Para aprofundamento no tema, ver também: TALEB, Nassim Nicholas. **The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable**. 2. ed. Random House, 2010.

¹⁷⁹ No original: “[...] it would actually be a serious mistake to exclude such possibilities from consideration by focusing, myopically, on their low probability of occurrence while ignoring the possibility of fat-tail risks, with enormous potential for harm”. VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 49.

de modo a tornar fácil a identificação pelos cidadãos e pelas instituições se houver extravasamento de limites de autoridade. O intento da robustez, ainda, contempla impedir que os agentes estatais e instituições subvertam as providências de precaução na persecução de seus fins espúrios¹⁸⁰.

Por fim, a sexta e última premissa sobre a qual está assentada a utilização do constitucionalismo de precaução é o desejo de limitar o lado negativo dos riscos políticos. Esta condição, bastante frequente no âmbito constitucional, explicita, em última instância, que se deve limitar a ambição dos agentes públicos. É esta uma vertente bastante característica do liberalismo¹⁸¹, que “vê o estado como um perigo permanente para a liberdade individual, e que tenta circunscrever os poderes do Estado de modo a minimizar o perigo de que esses poderes sejam mal utilizados”¹⁸².

Esta expectativa de acautelar os riscos de segunda ordem evitando a ambição pela maximização de benefícios em próprio favor é, talvez, a formulação mais básica de justificativa do constitucionalismo de precaução. Mais do que isso, ela abrange, de certa forma, as premissas anteriores e sintetiza a aversão ao risco político trivial da abordagem precaucional, sustentando o dever de que seja minimizada a chance de má disposição do poder estatal.

Em vista das premissas em que está assentado o constitucionalismo de precaução, há que se admitir que o intuito da concepção de obstáculos para impedir a concretização de riscos decorrentes da política e que ameacem direitos centrais das sociedades democráticas é, no mínimo, bastante honroso. Apesar disso, e sem desconsiderar o legítimo interesse na proteção de valores e no bem-estar social atrelados ao constitucionalismo de precaução, passa-se a explorar as fraquezas veladas que o acompanham.

¹⁸⁰ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 50.

¹⁸¹ Ibid., p. 50. Em outra passagem da mesma obra, Adrian Vermeule destaca que “O liberalismo vem em muitas formas e tamanhos, mas uma grande vertente na tradição do argumento constitucional liberal - uma de suas marcas registradas - é o pessimismo em relação ao poder e ao medo do abuso de poder, especialmente por funcionários que desfrutam do controle monopolista dos instrumentos de coerção do Estado”. No original: “[...] Liberalism comes in many shapes and sizes, but a major strand in the tradition of liberal constitutional argument – one of its hallmarks – is pessimism about power and fear of the abuse of power, especially by officials enjoying monopoly control over the state’s instruments of coercion”.

¹⁸² No original: “[...] sees the state as a standing danger to individual freedom, and which attempts to circumscribe the state’s powers so as to “minimize the danger that these powers will be misused”. Ibid., p. 50.

3.2.2 As falhas do constitucionalismo de precaução.

A apesar de defendido por teóricos importantes ao longo da história do constitucionalismo – como os mencionados Karl Popper e Judith Shklar – e calcado em premissas que pretendem a proteção da igualdade, liberdade e democracia, o constitucionalismo de precaução encontra barreiras lógico-argumentativas relevantes.

Em um cenário hipotético, as medidas de acautelamento contra abuso de poder tendem a parecer eficazes para prevenir ou, no mínimo, reduzir os riscos e danos causados por agentes oficiais mal-intencionados ou despreparados que chefiem instituições às quais a constituição tenha atribuído alguma autoridade. Na prática, entretanto, esta premissa nem sempre é verdadeira, evidenciando falhas na estrutura do constitucionalismo de precaução. Agrupando em conjuntos os contra-argumentos à perspectiva preventiva de constitucionalismo, é possível encontrar quatro categorias fundamentais: i) as precauções não cumprem as funções a que se destinam, ii) são desconsiderados os riscos paralelos podem ser criados ou intensificados; iii) há uma potencial exacerbação dos riscos que se pretende evitar com as medidas de precaução impostas; e iv) os danos decorrentes dos riscos a que se destinam as precauções podem ser objeto de controle e correção posterior, caso se materializem.

3.2.2.1 A FUTILIDADE DO CONSTITUCIONALISMO DE PRECAUÇÃO: *medidas precaucionais são ineficazes.*

O primeiro conjunto de argumentos que expõe fragilidades do constitucionalismo de precaução diz respeito à incapacidade de as precauções produzirem os efeitos a que se propõem, o que Vermeule denomina de “argumentos de futilidade”¹⁸³. O distanciamento entre os efeitos pretendidos e os efetivamente produzidos decorre da ausência ou da incompatibilidade de incentivos. Sem que haja motivação para não sejam praticados ou que se evitem atos de abuso de poder

¹⁸³ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 54.

- e o constitucionalismo de precaução não se preocupa em prover isso -, de nada adiantará a norma preventiva, pois as precauções serão ineficazes.

As mesmas condições que fazem necessárias as normas de precaução – sejam a possibilidade de favorecimento pessoal ou os benefícios decorrentes do abuso do poder, por exemplo – são, por si, incentivo suficiente aos destinatários das medidas para burlá-las ou ignorá-las. Por sua vez, aos demais agentes estatais, em regra, não há estímulos para obrigar os destinatários das normas a observá-las¹⁸⁴. Assim, na ausência de um agente externo que possa obrigar ao cumprimento das disposições acautelatórias, não haverá efetividade em suas previsões. É verdade que nem todas as medidas de precaução são abaladas pela ausência de comprometimento, como também o é que outras normas, sem caráter precaucional, também sofrem deste mal. Além disso, nem todas as falhas do constitucionalismo de precaução atingem todas as proposições dele derivadas, mas em alguma medida são afetadas por algum dos problemas a ele inerentes.

Padece de compatibilidade de incentivos, por exemplo, a limitação de poderes presidenciais, decorrente de autorizações exigidas em lei, para atuação em situações de emergência. Em situação atípica que exija imediata atuação, como em uma catástrofe natural ou uma guerra iminente, é difícil imaginar que o chefe do Poder Executivo se mantenha adstrito às exigências formais para a adoção de medidas que visem a segurança da população. É igualmente improvável que o Poder Judiciário, a quem compete fazer cumprir a lei, não flexibilize sua interpretação para acomodar como legítima uma atuação que, em meio a uma crise, demonstre plausível interesse no bem-estar e segurança da coletividade.

Inclusive, na visão de Vermeule, os juízes podem, valendo-se da margem de manobra que possuem graças à numerosa quantidade de leis existentes, emitir decisões favoráveis ao presidente disfarçadas de deferência ao Poder Legislativo. Ainda, por vezes, é possível que os entendimentos emitidos nem mesmo possam ser extraídos objetivamente das normas em que se fundam, mas sejam derivados de um complexo processo de acomodação dos interesses pessoais e coletivos na letra da lei¹⁸⁵. Ou seja, é possível que sejam operadas distorções na interpretação legal a

¹⁸⁴ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 54.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 57.

fim de ratificar uma atuação que, em interpretação literal, estaria em contrariedade com as disposições normativas. E esta justificação decorre de variadas motivações, desde o temor pela integridade sua e de seus semelhantes, que poderia estar em risco em uma eventual catástrofe ou guerra, à opinião pública que pode se voltar contra si por potencialmente agravar o cenário de convulsão social. Qualquer que seja a hipótese, fato é que aquele a quem incumbiria fazer cumprir a norma de precaução não possui incentivos suficientes para impor a limitação do poder presidencial em situações de emergência.

Jonathan Turley, em artigo que critica especificamente a teoria de Vermeule, endossa esta análise de que os tribunais são um tanto quanto imprevisíveis em relação aos seus posicionamentos, especialmente em tempos de crise. Por outro lado, o Professor sustenta que, em verdade, não são as precauções fúteis, mas os seres humanos incapazes de lhes aplicar¹⁸⁶. A conclusão de Turley, entretanto, acaba por validar a futilidade levantada por Vermeule, na medida em que a ausência de compatibilidade de incentivos não é capaz de coagir os magistrados, falhos como quaisquer outros seres humanos, a aplicar estritamente o que conteúdo de normas restritivas à atuação do Poder Executivo em períodos que fogem à normalidade.

Em realidade, no Estado moderno, a futilidade das normas preventivas parece especialmente verdadeira na medida em que o Poder Executivo governa sujeito a restrições legais que são frágeis em tempos normais e ainda mais fracas ou inexistentes em tempos de crise¹⁸⁷. Inclusive, de acordo com Posner e Vermeule, os Poderes Legislativo e Judiciário continuamente são influenciados pelos acontecimentos do Estado Administrativo e exercem “um papel essencialmente reativo e marginal, modificando e ocasionalmente bloqueando iniciativas políticas do Executivo, mas raramente assumindo a liderança. E em crises, o Executivo governa quase sozinho, pelo menos no que diz respeito à lei”¹⁸⁸. Para os estudiosos, as restrições à atuação – inclusive a abusiva – do Poder Executivo, especialmente em

¹⁸⁶ TURLEY, Jonathan. A Fox in the Hedges: Vermeule’s Vision of Optimized Constitutionalism in a Suboptimal World. **University of Chicago Law Review**. Vol. 82, p. 535. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol82/iss1/16>>. Acesso em: 12 apr. 2021.

¹⁸⁷ POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. **The Executive Unbound: after the Madisonian Republic**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 11.

¹⁸⁸ No original: “[...] an essentially reactive and marginal role, modifying and occasionally blocking executive policy initiatives, but rarely taking the lead. And in crises, the executive governs nearly alone, at least so far as law is concerned”. Ibid., p. 11-12.

períodos de crise, não advém da lei e nem mesmo da estrutura de separação de Poderes, mas da própria política e da opinião pública.

Aqui, são pertinentes algumas considerações. A separação dos Poderes e o sistema de freios e contrapesos são representações tradicionais do constitucionalismo de precaução. Contudo, a primeira pode tomar contornos de simples forma de interpretação das incumbências constitucionais de cada ente ou de previsão precaucional. O que definirá a acepção em cada caso será a fundamentação de seu emprego. Se o fundamento for a restrição de risco de abuso de poder na hipótese de sua concentração nas mãos de uma única pessoa ou instituição, como se se amoldando à formulação de Montesquieu de que “todo homem que tem poder é tentado a abusar dele”¹⁸⁹, certamente se tratará de uma prevenção; se estabelecida com outros fins, como a especialização nas funções do Estado, deterá outra natureza¹⁹⁰.

Na tônica oitocentista, tanto nos escritos de John Locke e Montesquieu quanto nas discussões travadas para o convencimento da população à ratificação da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787¹⁹¹, retratadas nos 85 artigos de O Federalista, a separação dos Poderes é veiculada como instrumento do constitucionalismo de precaução. O receio de que a concentração do poder dê espaço à tirania e supressão de direitos é o que evidencia esta interpretação.

Locke, em seu consagrado segundo tratado sobre o governo civil, infere que, em estado de natureza, os homens são perfeitamente livres e iguais e hábeis a decidir sobre suas ações, aplicar castigos aos infratores e defender as leis da natureza. Contudo, dada a sua natureza vil, a paixão e a vingança, acabam por cometer abusos uns para com os outros e são imparciais em seus julgamentos. Em vista disso, abrem mão de uma porção da sua liberdade inata para viver em uma sociedade civil, um remédio para as desvantagens do estado de natureza que pode conter a sua violência e parcialidade¹⁹².

¹⁸⁹ No original: “[...] tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser”. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **De l’esprit des lois**, vol. I. Paris: Garnier-Flammarion, 2005, p. 293.

¹⁹⁰ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**, New York: Cambridge University Press, 2014, p. 46.

¹⁹¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum: 2017, p. 246.

¹⁹² LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994, p. 68-72.

Nesta sociedade civil, as competências do Estado devem ser distribuídas entre os então denominados poderes executivo, legislativo e federativo, tendo este último a incumbência de decisão sobre guerra e paz e transações com pessoas e comunidades externas. A fim de que se mantenha uma igualdade entre todos, evitando que haja exceções à aplicação das regras, não é conveniente que uma mesma pessoa possa legislar e executar as leis. Em verdade, em sua formulação, após a elaboração das leis, os legisladores se afastariam da sua obra, que seria implementada por terceiros¹⁹³.

Montesquieu, por seu turno, lançando as bases do que se convencionou chamar de tripartição dos Poderes¹⁹⁴, se diferencia de Locke por i) denominar as entidades de legislativo, executivo e judiciário; e ii) esboçar um sistema de freios e contrapesos. Ao mesmo tempo, Montesquieu se aproxima de Locke, no que toca à separação das funções para *proteção* da liberdade política e contra a tirania, em suas conhecidas asserções de que “para que não se possa abusar do poder, é necessário que, pelo arranjo das coisas, o poder pare o poder”¹⁹⁵. Para o francês, o pior dos cenários seria a reunião das três competências em uma só pessoas. Para além disso, uma reunião entre o legislativo e o executivo poderia culminar na edição e execução de leis tirânicas; entre o judiciário e o legislativo, na arbitrariedade sobre a vida e liberdade dos cidadãos; e entre o judiciário e o executivo poderia guiar à situação em que o juiz teria a força de um opressor.

As formulações de Montesquieu influenciaram a constituição estadunidense de 1787 e, com esta, ganharam vazão em todo o ocidente. Firmou-se, então, a visão de que é necessário que o poder do Estado não reste concentrado e, mais do que

¹⁹³ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994, p. 74-75.

¹⁹⁴ Parte da doutrina discorda do emprego desta expressão. Conforme Celso Ribeiro Bastos, em seu **Curso de Direito Constitucional**, 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 340, o referido termo, apesar de utilizado inclusive na Constituição, é dotado de imprecisão. Isto porque o Poder é uno, indivisível e indelegável, um atributo pertencente ao Estado e emanado do povo. Por sua vez, para a perfectibilização de suas funções (legislativa, executiva e jurisdicional), que são um modo de o Estado manifestar sua vontade, este se vale de órgãos, que são “os instrumentos do Estado para exercitar suas funções, descritas na Constituição, cuja eficácia é assegurada pelo Poder que a embasa”.

¹⁹⁵ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **De l'esprit des lois**, vol. I. Paris: Garnier-Flammarion, 2005, p. 293. No original: Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.

isso, que a ambição humana pode ser utilizada como combustível para que as instituições fiscalizem umas às outras, mutuamente impedindo que se expandam¹⁹⁶.

Em uma perspectiva contemporânea¹⁹⁷, por seu turno, a separação dos Poderes adota outro sentido: o de racionalização da organização estatal, com especialização dos entes para o cumprimento com maior eficiência dos fins a que se propõem¹⁹⁸. Legitimam-se, nesta senda, as estruturas do executivo, legislativo e judiciário, com “as diferentes formas de ingresso nas carreiras dos quadros dos poderes, as vedações e prerrogativas funcionais, os ritos procedimentais, os limites de atuação, entre outras questões”¹⁹⁹. Uma vez que esta forma de conceber a separação dos Poderes, como destacado anteriormente, não é categorizada como ferramenta de precaução aos riscos políticos, não se dedicará maior tempo ao seu aprofundamento neste trabalho.

A concepção oitocentista da separação dos Poderes, complementada pelo seu subprincípio dos freios e contrapesos, entretanto, incorre na futilidade arguida por Vermeule, na medida em que não alcança os fins para os quais foi desenhada. Não há efetivo impedimento de que seja instaurada uma ditadura pelo Poder Executivo, que o Poder Legislativo edite normas que prejudiquem as minorias ou que o Poder Judiciário seja arbitrário.

Na realidade, o cenário político brasileiro é um ambiente farto de ilustrações que corroboram esta percepção, especialmente no que tange ao descontrole judicial. É o que se verifica, por exemplo, da determinação de ofício do Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre Moraes de prisão em flagrante do Deputado estadual Daniel Silveira (PSL-RJ), em 16 de fevereiro de 2021, após publicação nas redes sociais de vídeo com conteúdo potencialmente ofensivo e que desagradou a Corte²⁰⁰; da manutenção, pela mesma instituição, por intermédio de decisão liminar

¹⁹⁶VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras: 2018, p. 80-81.

¹⁹⁷ MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 45.

¹⁹⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 115.

¹⁹⁹ MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 45.

²⁰⁰ ROCHA, Marcelo; MACHADO, Renato; COLETTA, Ricardo Della. Moraes, do STF, manda prender deputado Daniel Silveira após ataques a ministros da corte. **Folha de São Paulo**, 2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/moraes-do-stf-manda-prender-deputado-daniel-silveira-apos-ataques-a-ministros-da-corte.shtml>>. Acesso em: 03 jun. 2021.

no bojo da Ação Originária 1.773, do auxílio-moradia para os membros do Poder Judiciário até 2016, apenas revogando os efeitos da decisão após reajuste de 16,3% dos salários dos ministros da Corte durante o governo de Michel Temer; e do arquivamento sistemático de pedidos de impedimento e suspeição dos ministros do Supremo Tribunal Federal desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, apesar da existência de regras legais e regimentais que disciplinam a questão²⁰¹.

Em que pese a razoabilidade das proposições de contenção do abuso de poder pelas instituições e seus agentes, fato é que, talvez até por uma incompatibilidade com o grau de complexidade desenvolvido pelas sociedades contemporâneas – muito diferente daquele experimentado por John Locke, Montesquieu e os *founding fathers* estadunidenses –, os resultados pretendidos não são alcançados na prática.

Ademais, a falta de efetividade das medidas que se proponham à prevenção de riscos decorrentes dos arranjos de poder entre as instituições é apenas o primeiro dos problemas de que o constitucionalismo de precaução padece, como se seguirá abordando.

3.2.2.2 O PREJUÍZO DO CONSTITUCIONALISMO DE PRECAUÇÃO: a negligência da possibilidade de riscos compensatórios.

O segundo conjunto de contra-argumentos ao constitucionalismo de precaução reflete sua fraqueza por ignorar possíveis compensações²⁰² de riscos ou mesmo de benefícios decorrentes da atuação extraordinária dos agentes aos quais as constituições tenham atribuído alguma parcela de poder para lidar com os riscos de primeira ordem. Esta linha argumentativa reflete que o risco decorrente das relações políticas não deve ser zero, e que algum grau de risco é necessário para obter alguns bens²⁰³ - que inclusive podem superar o lado negativo de eventual

²⁰¹ GLEZER, Rubens et al. Fora dos holofotes: estudo empírico sobre o controle da imparcialidade dos ministros do STF. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 58, 2021, p. 385-421. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1178/691>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

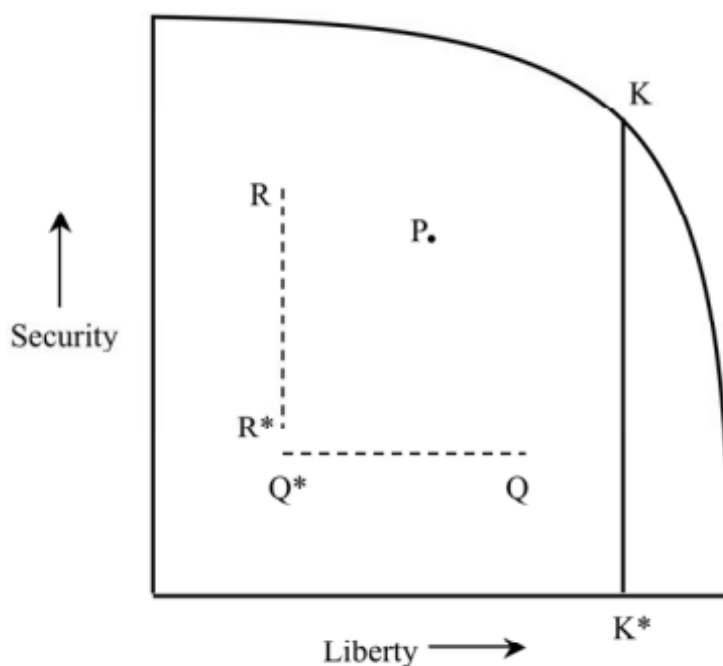
²⁰² Neste ponto, a “compensação” refere-se a uma anulação da benesse que se planejava alcançar – a diminuição dos riscos políticos – pela criação de novos problemas com os quais se precisará lidar.

²⁰³ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 58.

abuso ou mau uso do poder, como se aplicado para “prevenir ou remediar abusos de poder político, econômico ou social por parte de atores não-governamentais”²⁰⁴.

Com a representação gráfica abaixo, Vermeule ilustra como as decisões tomadas sobre determinado assunto ou garantia tendem a gerar efeitos em outros campos, como se se estivesse sempre diante de uma balança que se move de acordo com o peso colocado em cada um de seus pratos²⁰⁵. Para o Professor, esta demonstração é necessária porque há quem defenda ser possível e devida a adoção de políticas que se maximizem o bem-estar social sem sacrificar qualquer bem, o que, para ele, é absolutamente inviável²⁰⁶.

Figura 1 – Gráfico segurança versus liberdade.



Fonte: Adrian Vermeule²⁰⁷

²⁰⁴ No original: “[...] to prevent or remedy abuses of political, economic, or social power by nongovernmental actors”. VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 03.

²⁰⁵ No texto, especificamente, Vermeule se atém ao equilíbrio segurança-liberdade na guerra ao terrorismo nos Estados Unidos. Ainda assim, a sua análise é útil ao presente estudo, por demonstrar como a sacralização de um valor para a sociedade afeta outros valores tão importantes quanto.

²⁰⁶ VERMEULE, Adrian. Security and Liberty: Critiques of the Tradeoff Thesis. **Harvard Public Law Working Paper**. n. 11-19, 2011, p. 02. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1888334>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

²⁰⁷ Ibid., p. 04.

Na ilustração de Vermeule, a relação entre dois bens, como os valores de liberdade e segurança de uma sociedade, é balizada por um limite, a partir do qual um valor não poderá ser aumentado sem correspondentes reduções no outro, e vice-versa. Considerando o limite o ponto marcado como “P” na Figura 1, abaixo dele qualquer bem valioso para a sociedade – no exemplo em andamento, a segurança ou a liberdade – pode ser amplificado sem sacrificar os outros ou, ainda, podem todos ser maximizados. Pontos além desta fronteira, por sua vez, têm calibres que não podem ser mantidos cumulativamente, seja em razão das limitações de tecnologia e recursos disponíveis, seja por serem excludentes entre si²⁰⁸. A partir de “P”, um aumento da amplitude da segurança implica obrigatoriamente na redução da liberdade e a majoração do espaço da liberdade impõe a minoração de segurança.

Nesta mesma lógica, as medidas de precaução podem, eventualmente, ao reduzir um risco, dar espaço para que *outros* riscos que não são alvo das normas acautelatórias sejam exacerbados, porque os riscos não estão isolados, mas convivem entre si.

Neste ponto, cumpre esclarecer que, se se estivesse diante de um contra-argumento de que a medida de precaução pudesse aumentar o *próprio* risco que se pretende evitar, se trataria de um outro conjunto de problemas – o da perversidade, como se verá adiante –, não do prejuízo do constitucionalismo de precaução. A fim de ilustrar distinções entre os agrupamentos de falhas desta perspectiva de análise da constituição, Vermeule utiliza como exemplo uma análise de Hamilton em O Federalista²⁰⁹ de uma regra que proíba a ampliação de exércitos em tempos de paz, por se considerar um risco à liberdade²¹⁰.

²⁰⁸ VERMEULE, Adrian. Security and Liberty: Critiques of the Tradeoff Thesis. **Harvard Public Law Working Paper**. n. 11-19, 2011, p. 04. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1888334>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

²⁰⁹ No original: “[...] all that kind of policy by which nations anticipate distant danger and meet the gathering storm must be abstained from, as contrary to the genuine maxims of a free government. We must expose our property and liberty to the mercy of foreign invaders, and invite them by our weakness to seize the naked and defenseless prey, because we are afraid that rulers, created by our choice, dependent on our will, might endanger that liberty by an abuse of the means necessary to its preservation”. HAMILTON, Alexander. **Federalist no. 25**. The Same Subject Continued: The Powers Necessary to the Common Defense Further Considered. 1787. Disponível em: <<https://teachingamericanhistory.org/library/document/federalist-no-25/>>. Acesso em: 03 jun. 2021.

²¹⁰ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 58.

Na perspectiva do *prejuízo* do constitucionalismo precaução, um argumento contrário à referida norma seria do aumento marginal do risco de apreensão da propriedade por invasores estrangeiros ao observarem a fraqueza nas defesas do território, havendo o crescimento, portanto, de um risco relativo à propriedade ao se intentar proteger a liberdade. Por sua vez, uma análise a partir da *perversidade* do constitucionalismo de precaução exporia que um exército enfraquecido representa, em si, um risco à liberdade, na medida em que uma invasão estrangeira é tão nociva quanto o despotismo doméstico, e este risco de invasão é aumentado diante da fragilidade ou pequenez do exército.

Feita esta distinção, pode-se esboçar o prejuízo do constitucionalismo de precaução a partir da dúvida razoável de direito. Trata-se de um princípio precaucional que se opõe ao risco de os agentes estatais – no caso, promotores e juízes – erroneamente impingirem pena a uma pessoa inocente por um fato típico, antijurídico e culpável que lhe tenha sido incorretamente imputado, enquanto o verdadeiro culpado permaneça impune²¹¹. Faz-se a ressalva desde já que não se pretende analisar a eficácia das sanções penais na recuperação de indivíduos infratores para a vida em sociedade; o intuito é tão somente de demonstrar como a precaução a um risco pode aumentar outro, aprofundando um exemplo polêmico de Vermeule. E, neste caso, os riscos em jogo são claros: de um lado, a condenação de um inocente que eventualmente será privado de sua liberdade por um crime que não cometeu; de outro, que se deixe livre alguém que tenha cometido um crime e que representa um perigo à sociedade, à segurança e/ou à saúde pública, dado que abonar a pena de indivíduos que, pelas leis penais, deveriam ser encarceradas, não parece exatamente a medida de segurança mais aconselhada²¹².

Ilustrando esta última hipótese, Vermeule menciona a liberação de prisioneiros de Guantánamo com base na dúvida razoável de direito que, posteriormente, reapareceram como combatentes “inimigos” – na perspectiva de confronto com os Estados Unidos – no Iraque ou Afeganistão. Desta situação decorreu, durante o governo Bush, o relaxamento da aplicação da dúvida razoável

²¹¹ Embora não se desconheça que a dúvida razoável de direito também abranja relações civis, sobretudo a responsabilidade civil, Vermeule trata especificamente de sua aplicação na esfera penal, de modo que a exemplificação deste estudo também será centrada neste âmbito.

²¹² VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 61.

de direito aos prisioneiros de combate e a realocação do ônus da prova, agora para ombros dos próprios acusados de integrarem os exércitos inimigos ao invés dos próprios acusadores, como sucedido em *Hamdi versus Rumsfeld*. Para Vermeule, esta flexibilização do princípio reforça a ineficácia das medidas acautelatórias, tratada anteriormente, e demonstra a exacerbação de riscos colaterais à restrição de liberdade de inocentes que, no caso, em certo ponto se mostraram mais gravosos do que o próprio risco que se pretendia mitigar²¹³.

Outro exemplo de como as precauções podem acabar por gerar riscos paralelos que anulam aquele que se pretendia evitar é encontrado na tentativa de aplicação da formulação de *nemo iudex in causa sua*²¹⁴, que traduz a vedação ao julgamento de causa na qual se tenha interesse, à combinação de funções no Estado administrativo. Principalmente no âmbito das agências reguladoras, é comum a asserção, por aqueles avessos ao risco político, de que a cumulação das funções de criação de normas, fiscalização de sua aplicação, persecução de infratores e julgamento afronta a desejável imparcialidade e é, inclusive, inconstitucional²¹⁵. Na perspectiva do constitucionalismo de precaução, é inadmissível que a mesma pessoa jurídica participe de um caso na condição de parte e juiz, o que conduz à tentativa na via judicial de obstaculizar esta forma de atuação²¹⁶. Se, de um lado, o risco a ser combatido é a possível parcialidade no julgamento pela cumulação de funções das agências reguladoras, de outro acentua-se a incapacidade de o Estado administrativo cumprir com todas as obrigações a si atribuídas de forma satisfatória sem esta forma de organização.

A complexidade do Estado administrativo exige que as instituições ligadas ao Poder Executivo detenham liberdade para a tomada de decisões administrativas especializadas, e isso envolve a combinação de funções²¹⁷. Para Vermeule, ao menos no contexto dos Estados Unidos da América, a lei cedeu seu poder de império por não ser capaz de acompanhar as drásticas alterações sociais com sua

²¹³ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 61.

²¹⁴ Em tradução livre: “ninguém é juiz em causa própria”.

²¹⁵ SUSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Law and Leviathan: redeeming the administrative state**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2020, p. 02.

²¹⁶ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 119.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 120.

estrutura estática²¹⁸, a ponto de a Suprema Corte reconhecer que o vasto e variado Estado administrativo seria paralisado se a combinação de funções fosse declarada inconstitucional por motivos precaucionais²¹⁹, como o fez em *Withrow versus Larkin*.

Pode-se sintetizar, então, que a criação ou exacerbação de riscos paralelos e que podem compensar negativamente os riscos que se intenta evitar, leva as medidas de precaução à estaca zero, no melhor dos casos, ou a problemas maiores do que o inicialmente visualizado, na pior das conjunturas. Há outra espécie de vício, contudo, em que o próprio risco-alvo não será minorado com a abordagem acautelatória, como se passará a descrever agora.

3.2.2.3 A PERVERSIDADE DO CONSTITUCIONALISMO DE PRECAUÇÃO: a maximização dos riscos que se pretende evitar.

Este terceiro conjunto de argumentos sintetiza que o constitucionalismo de precaução pode, ao tentar evitar um risco-alvo, acabar por criá-lo ou mesmo maximizá-lo. Neste caso, as consequências seriam tão ou mais danosas do que o próprio objeto da prevenção.

A perversidade se afigura especialmente propensa “quando há um valor dominante na cultura da época”²²⁰, que se converte praticamente em sagrado e torna inconcebível que se o sopesse com outros bens ou valores existentes. Neste cenário, as precauções adotadas viram-se contra o próprio elemento que se intenta proteger, em uma espécie de “jiu-jitsu intelectual”²²¹. A literatura e a história são fartas de exemplos da perversidade do constitucionalismo de precaução. Com o intuito de meramente exemplificar e não os esgotar, cita-se a liberdade de expressão, o controle do Poder Executivo a fim evitar uma ditadura e a revisão judicial dos atos administrativos e legislativos.

²¹⁸ VERMEULE, Adrian. **Law's abnegation**: from law's empire to the administrative state. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 59.

²¹⁹ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 62.

²²⁰ No original: “[...] when there is a dominant constitutional value in the culture of the day”. VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 63-64.

²²¹ *Ibid.*, p. 64.

Iniciemos a pormenorização com o exame da liberdade de expressão. A referida garantia, assegurada nos Estados Unidos por força da Primeira Emenda à sua Constituição de 1787 e no Brasil pelas disposições do artigo 5º da Constituição da República de 1988, enquanto precaução, se opõe ao abuso de poder politicamente motivado²²². Para Frederick Schauer, a liberdade de expressão está diretamente ligada ao aperfeiçoamento intelectual, já que as ideias estão em constante mudança, desenvolvimento e aprimoramento. Ao mesmo tempo, esta evolução não é estática, como um guru sentado no topo de uma montanha e que tem ideias brilhantes, mas ativa, envolvendo comunicação e escuta²²³.

Defensor da irrestrita proteção à liberdade de expressão, Schauer menciona que mesmo nos campos de concentração nazistas, durante a Segunda Guerra Mundial, os prisioneiros comumente cantavam uma canção chamada *Meine Gedanken Sind Frei*²²⁴. Assim, quanto mais robustas e redundantes devem ser as proteções para prevenção à limitação desta liberdade em tempos de paz e em uma sociedade livre²²⁵, o que é um exercício lógico bastante plausível. A questão que se põe, entretanto, é se se deve tolerar os intolerantes.

Na formulação de Vermeule, a ausência de limitação à liberdade de expressão, por si, pode levar à censura. Ainda que uma manifestação isolada não seja capaz de fazer ruir uma estrutura estatal com todos os direitos e garantias por si protegidas, no longo prazo a liberdade de expressão pode minar a si própria ao tolerar o discurso político e a participação de grupos que revogariam essas garantias se chegassem ao poder. Neste sentido, Vermeule destaca a justificativa para dissidência do *Justice Jackson* no caso *Terminiello versus City of Chicago*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos anulou a condenação de um padre católico de direita por violação da paz²²⁶.

O argumento de Jackson, em sua essência, foi de que a própria liberdade de expressão política exige a ordem pública como uma condição de sua existência, de modo que a proteção de expressão a qualquer custo pela Corte colocava em risco a

²²² VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 68.

²²³ SCHAUER, Frederick. Free Speech: A Philosophical Enquiry. In: BLASI, Vincent. **Ideas of the First Amendment**. Thomson West (American Casebook Series), 2006, p. 850-851.

²²⁴ Em tradução livre: “meus pensamentos são livres”.

²²⁵ Ibid., p. 849.

²²⁶ Em uma de suas pregações, o padre fez um discurso que causou brigas violentas entre seus apoiadores e uma multidão de ativistas de esquerda.

própria liberdade a que se destinava proteger. Para ele, a liberdade de expressão estaria ameaçada se a população não estivesse protegida contra discursos que levam à violência, pois “nenhuma liberdade fica mais segura sustentando que seus abusos são inseparáveis de seu gozo”²²⁷.

Outro caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos e que presta deferência à análise de Vermeule de que a defesa irrestrita da liberdade de expressão pode colocar em perigo o próprio bem que se pretende proteger é encontrado em *Dennis versus United States*. No caso, os líderes do Partido Comunista dos Estados Unidos, incluindo Eugene Dennis, seu secretário-geral, foram indiciados em um Tribunal Distrital Federal por conspirar deliberada e conscientemente para organizar como Partido Comunista um grupo de pessoas que incitava a derrubada e destruição do governo dos Estados Unidos pelo uso de força e da violência²²⁸.

Por conta da sensível discussão envolvendo a liberdade de expressão, um valor sacro aos estadunidenses, o júri foi instruído a não condenar os indiciados a menos que vislumbrasse que estes pretendiam derrubar o governo o mais imediatamente que pudessem. Por outro lado, o júri poderia decidir pela condenação se observasse a referida circunstância, na medida em que haveria perigo suficiente para justificar uma postura ativa para impedir o dano de se materializar. Os indiciados foram condenados pelo júri e a decisão foi mantida pela Suprema Corte por maioria, que firmou entendimento de que é crime defender a derrubada ou destruição do Governo dos Estados Unidos pela força ou violência, bem como organizar ou ajudar a organizar qualquer grupo que o faça, ou conspirar para fazê-lo, sem que sua punição afronte a Primeira Emenda à Constituição²²⁹. Para a Corte, se uma sociedade não pode proteger sua própria estrutura de um ataque interno armado, nenhum valor subordinado pode ser protegido – ou seja, a própria liberdade depende de um governo forte e estável²³⁰.

²²⁷ No original: “[...] No liberty is made more secure by holding that its abuses are inseparable from its enjoyment”. VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 69.

²²⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Dennis versus United States**, 341 U.S. 494, 1951.

²²⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Dennis versus United States**, 341 U.S. 494, 1951.

²³⁰ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 70.

Uma leitura similar é possível quanto à constrição do Poder Executivo. A fim de evitar abusos de poder ou um crescimento exacerbado que possa culminar em uma ditadura, é elaborada uma série de filtros à sua atuação, possibilitando que outros entes tenham algum controle sobre as decisões tomadas. Dentre estas barreiras, encontra-se a separação dos Poderes, já retratada sob a ótica da futilidade do constitucionalismo de precaução e que, na perspectiva oitocentista, detém carga eminentemente precaucional. Desde O Federalista, entretanto, há quem, como Hamilton, advirta de que as restrições excessivas impostas ao Poder Executivo podem ter o resultado perverso de fazer com que o ente se desvie dos laços constitucionais, de modo que as fortes amarras se tornam, em verdade, uma fraqueza²³¹.

Vermeule aduz que uma das facetas da perversidade da contenção do Poder Executivo tem espaço na separação de incumbências entre os Poderes Executivo e Legislativo. Isto porque, na mesma medida em que impede que o Poder Executivo crie exceções legais em seu favor e tente prevenir um possível golpe presidencial ou militar, i) reduz o controle civil sobre as instituições militares e ii) pode legitimar a sua ascensão caso o Poder Legislativo esteja em descompasso com as necessidades da sociedade. No que tange ao primeiro ponto, a dissociação entre as legislaturas e o comando do poderio militar pode permitir que as forças militares fomentem ou explorem conflitos entre instituições civis, em uma estratégia de dividir para conquistar. Para o Professor, isto pode ser empiricamente comprovado pelo maior controle civil existente no Reino Unido – que possui um sistema parlamentarista e com separação dos Poderes mais branda – em comparação com os Estados Unidos²³², como abordado em estudo realizado por Deborah Denise Avant em 1994.

No mencionado trabalho, Avant se dedica a analisar as condições que interferem na doutrina das organizações militares, comparando a atuação do Exército dos Estados Unidos no Vietnã (1955-1975) e do Exército britânico durante a Guerra dos Bôeres (1880-1881 e 1899-1902) e a Emergência Malaia (1948-1960). Para a cientista política, em suma, considerando que os atores em todos os níveis aspiram ampliar seu poder político, as organizações militares tendem a responder

²³¹ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 65.

²³² Ibid., p. 65.

aos objetivos civis quando os líderes militares almejam recompensas por sua capacidade de resposta em conflitos. Traçando a evolução das relações civis-militares nos Estados Unidos e no Reino Unido, Avant concluiu que a estrutura política de uma nação tem um grande impacto na estrutura das organizações militares e na formação da doutrina militar. Em particular, as diferenças estruturais entre os governos americano e britânico refletiram nas preocupações dos dois exércitos, conferindo resultados diferentes em cada caso: enquanto o sistema político dos Estado Unidos tendia a permitir a adesão aos princípios clássicos da ciência militar dentro do Exército e muitas vezes impedia uma intervenção civil eficaz, as instituições políticas unificadas no Reino Unido trabalharam para criar um exército que fosse sensível aos objetivos civis e permitisse aos líderes civis intervir para forçar a mudança militar. Essas condições contrastantes contribuíram para a relativa facilidade com que o Exército britânico se adaptou às novas ameaças periféricas e, por sua vez, a relutância com que o Exército dos Estado Unidos respondeu às mudanças no Vietnã²³³.

Para além desta faceta, a constrição do Poder Executivo com a separação de funções entre este e o Poder Legislativo para fins de evitar uma ditadura incorre na perversidade do constitucionalismo de precaução por uma segunda via. Vermeule argumenta que, em um sistema com um presidente eleito de forma independente, a supervisão legislativa e judicial e outros freios e contrapesos criados pelos legisladores constitucionais podem criar impasses e dificultar a aprovação de reformas necessárias na visão da sociedade. Se o *status quo* atingir o ponto de se tornar inaceitável para uma parcela importante da população, como em tempos de crise econômica ou política, passa-se a vivenciar a exigência ou pelo menos aceitação do público de um ditador que passe por cima dos obstáculos institucionais para as reformas. Neste cenário, “a própria complexidade das precauções dos *designers* contra a ditadura cria uma demanda pública reprimida que leva à ditadura”²³⁴. Assim, enquanto em tempos normais a separação dos Poderes pode aumentar a estabilidade política, em períodos de incerteza torna o sistema

²³³ AVANT, Deborah Denise. **Political Institutions and Military Change**: Lessons from Peripheral Wars. Ithaca: Cornell University Press, 1994.

²³⁴ No original: “[...] the very elaborateness of the designers’ precautions against dictatorship creates pent-up public demand that itself leads to dictatorship”. VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 66.

drasticamente instável e implica que o enfraquecimento deste sistema de contenção pode ser a melhor proteção contra a ditadura – ou, ao menos, sob certas condições, há que se admitir que a separação de Poderes pode representar uma precaução contraproducente²³⁵.

Por seu turno, Jonathan Turley argumenta que o exemplo de Vermeule de perversidade é fraco, na medida em que uma afronta desta espécie – à separação dos Poderes constitucionalmente delineada – configuraria ato contra a constituição como um todo e, presumivelmente, seria passível de um impeachment, pelo que não se justifica a crítica Vermeuleana²³⁶.

Ainda que a tônica do presente trabalho não seja a defesa da teoria de Vermeule, não se pode deixar de discordar da crítica de Turley. Partindo da premissa de que as leis serão sempre voluntariamente seguidas ou impostas, o posicionamento de Turley seria bastante razoável. Afinal, nesta perspectiva, se o chefe do Poder Executivo rompesse as normas constitucionais, poderia ser condenado após o regular trâmite de um processo político e perder seu cargo por isso. Na prática, contudo, as coisas parecem um pouco mais complexas.

Em uma perspectiva macro, há que se considerar duas questões: a primeira delas é que o Direito é uma ficção maleável à qual os cidadãos aceitam se vincular e por ela se restringir para a vida em sociedade. Não há uma entidade maior que possa assegurar que sempre continuar-se-á a alimentar a ficção no estado da arte em que se encontre. Tanto o é que, por exemplo, as condutas consideradas inaceitáveis e tidas como passíveis de penalização, podendo culminar na restrição da liberdade de um indivíduo, variam de Estado para Estado e, dentro destes, de acordo com o momento histórico. Neste sentido, é razoável assumir que situações de grande mobilização social e apoio popular ao sobrepujamento das amarras constitucionais – elemento importante da alusão de Vermeule e desconsiderado pela crítica de Turley – possam culminar no rompimento da ordem jurídica vigente²³⁷. Por outro lado, é bastante difícil imaginar que um impeachment teria lugar neste

²³⁵ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 64-67.

²³⁶ TURLEY, Jonathan. A Fox in the Hedges: Vermeule's Vision of Optimized Constitutionalism in a Suboptimal World. **University of Chicago Law Review**. Vol. 82, p. 538. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol82/iss1/16>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

²³⁷ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 66.

contexto. Esta reconhecida dificuldade de modificar situações extremas instauradas, aliás, constitui um dos pilares de defesa do constitucionalismo de precaução²³⁸.

A segunda questão desconsiderada por Turley é que o Poder Executivo, em regra, controla as forças armadas, que representam a força bruta do Estado. Em um contexto de ditadura instaurada por golpe militar ou de um presidente que tenha o apoio ou controle o aparato militar estatal, é pouco crível a materialização de um impeachment, independentemente de haver previsão constitucional neste sentido. Não o fosse, provavelmente as ditaduras instauradas na América Latina ao longo do século XX teriam tido desfechos muito diferentes e durado apenas alguns poucos dias ou meses. Veja-se, com esta ilustração não se pretende defender a adoção de precauções extras contra a ditadura pela improbabilidade de se lhe reverter pelas formas previstas em lei – seja por um processo político, como o impeachment, ou por um processo judicial. Isto seria uma análise fatalista da questão, como já tratado anteriormente nos fundamentos da abordagem precaucional dos riscos políticos. Ao contrário: na mesma perspectiva de Vermeule, trata-se de uma mera adução de que as restrições à atuação do Poder Executivo devem ser ponderadas, na medida em que podem exacerbar o risco de ditaduras que elas próprias pretendem afastar, hipótese em que as amarras legais perdem a força que foram projetadas para ter.

Dito isto, passa-se à terceira ilustração da perversidade do constitucionalismo de precaução: a revisão judicial dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo, especialmente enquanto instrumento de proteção de direitos e garantias. Vermeule pontua que para “*certas teorias* de direito que reconhecem reivindicações afirmativas de ajuda ou apoio governamental”²³⁹, a revisão judicial pode ser sedutora para o bloqueio de decisões legislativas ou executivas, a fim de “implementar direitos ou para proteger direitos”²⁴⁰. Uma das teorias que se encaixa na descrição do Professor é o neoconstitucionalismo, justamente uma das molas propulsoras do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil com a sua defesa da expansão da

²³⁸ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 48-49.

²³⁹ No original: “[...] on certain theories of rights that recognize affirmative claims to governmental aid or support”. Ibid., p. 70, o original não possui o destaque em itálico.

²⁴⁰ No original: “[...] to implement rights or to protect rights against”. Ibid., p. 70.

jurisdição constitucional a partir da superação do positivismo jurídico e da proposição de um novo “modelo” de interpretação constitucional²⁴¹.

Aliás, o constitucionalismo de precaução abarca, ainda que de forma involuntária, algumas teses do neoconstitucionalismo, sobretudo no que toca à concepção da atividade política e suas relações com a revisão judicial dos atos administrativos e legislativos. Primeiro, no processo de construção da legitimidade do Poder Judiciário para atuação em matéria essencialmente política, o neoconstitucionalismo passa pela defesa de que o conceito de democracia alcança uma “dimensão substancial dos direitos fundamentais e da deliberação pública”, de modo que a expansão da autoridade da jurisdição constitucional se torna consequência natural e inevitável para a proteção destes valores²⁴².

Segundo, e aqui entra um toque essencialmente precaucional – até mesmo de um constitucionalismo *maximin*²⁴³ – a atividade política é projetada como essencialmente corrupta e incapaz de representar o povo, o que se expressa pelo abuso das minorias decisórias, carência de reprodução da opinião pública majoritária e ausência de deliberação sobre temas importantes para a sociedade. Ao mesmo tempo, esta visão é contrastada com as virtudes e uma percepção até mesmo idealizada de juízes paladinos da justiça e da moral, capazes de analisar de maneira puramente jurídica e racional as questões a si apresentadas²⁴⁴. É bastante palatável que, como resultado desta operação, o Poder Judiciário se eleve à condição de defensor das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, servindo como instrumento de contenção dos abusos e danos deles decorrentes na atuação dos demais Poderes, mesmo que sob o aparente respeito às leis.

²⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, p. 11-12, abr. 2005, Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 22 jul. 2021.

²⁴² OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; FURLAN, Lorenzo Emanuelli. Do neoconstitucionalismo ao constitucionalismo da otimização: um estudo crítico do REsp 19392 PI – o caso da fraude à “cota de gênero”. In: OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de Oliveira; DUTRA, Delamar Volpato; MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira (Orgs.). **Ensaios sobre constitucionalismo político**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2019, p. 224-225.

²⁴³ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 11. MASCHLER, Michael; SOLAN, Eilon; ZAMIR, Shmuel. **Game Theory**. Cambridge University Press, 2013, p. 176–180.

²⁴⁴ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; FURLAN, Lorenzo Emanuelli. Do neoconstitucionalismo ao constitucionalismo da otimização: um estudo crítico do REsp 19392 PI – o caso da fraude à “cota de gênero”. In: OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de Oliveira; DUTRA, Delamar Volpato; MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira (Orgs.). **Ensaios sobre constitucionalismo político**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2019, p. 225.

Contudo, este comportamento pode desencadear o resultado perverso de aumentar a violação de direitos em geral, na medida em que a criação de um veto extra nas decisões políticas – seja de legislação ou de ação propriamente dita – apenas ameaça os outros Poderes pelo Poder Judiciário, mas não fornece uma efetiva proteção legal aos direitos fundamentais²⁴⁵. Ou seja, a simples vedação operada por um dos Poderes não oferece uma verdadeira prestação positiva em favor de qualquer direito.

Não bastasse isso, aprofundando a crítica de Vermeule, não há qualquer evidência de que os tribunais sejam melhores do que as legislaturas, os executivos ou outros atores políticos na identificação do escopo correto dos direitos constitucionais²⁴⁶. E mais: a composição dos tribunais tende a ser alterada regularmente, de modo que um conjunto de magistrados vanguardistas ou que mais sensíveis aos anseios de certos grupos podem ser substituídos – ou, ao menos, deixar de representar uma maioria – com apenas algumas novas nomeações ou substituições.

Nesta senda, para além do despreparo para lidar com questões eminentemente políticas, a concentração deste tipo de poder nas mãos de uma instância jurídica deixa à mercê da boa vontade de um seletivo grupo de magistrados que não têm compromisso com os interesses sociais e nem forma de controle institucionalizada de seus eventuais abusos as decisões mutáveis da sociedade e que envolvem francos desacordos sobre a melhor escolha a ser tomada. A longo prazo também, então, a revisão dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo pelo Poder Judiciário se mostra como uma ferramenta de potencial criação ou majoração dos riscos que ela própria pretende evitar, talvez apenas perpetrados por uma outra esfera estatal.

Mesmo que sob o pretexto de proteção de direitos e garantias fundamentais – elemento nato do constitucionalismo de precaução e essencial ao neoconstitucionalismo –, a revisão judicial dos atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo exige extrema cautela, porquanto evitado do terceiro vício das medidas acautelatórias.

²⁴⁵ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 70.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 36.

Feita a apresentação e exemplificação deste conjunto, passa-se ao quarto grupo de críticas ao constitucionalismo de precaução.

3.2.2.4 A DESNECESSIDADE DO CONSTITUCIONALISMO DE PRECAUÇÃO: eventuais danos podem ser combatidos caso os riscos se materializem.

O último agrupamento de contra-argumentos ao constitucionalismo de precaução alberga a noção de que não se deve evitar um risco *a priori*, mas, a partir de sua ocorrência, analisando as especificidades do caso concreto, definir a melhor estratégia de remediação, caso haja algum dano.

Como decorrência lógica de sua natureza, as medidas precaucionais são adotadas antes da materialização dos riscos considerados relevantes e que se pretende impedir. Contudo, ante a existência de recursos para correção e penalização dos transgressores após um ato considerado inadequado ou perigoso, as precauções são desnecessárias e impõem maiores custos do que benefícios²⁴⁷. Todo o custo intelectual e financeiro para criação e manutenção de um emaranhado de filtros contra uma possibilidade – naturalmente incerta – de abuso de poder quando, ao contrário, poder-se-ia simplesmente analisar e tratar do ato prejudicial que efetivamente se materializasse, é desproporcional e contraproducente.

Para além disso, a mera antecipação da existência de uma sanção *ex post* tem o efeito de produzir uma dissuasão *ex ante*²⁴⁸. Esta noção, inclusive, norteia as teorias relativas, utilitárias ou preventivas sobre os propósitos das sanções penais, e reflete um valor extrínseco de realização de fins socialmente úteis²⁴⁹. Mais do que dissuadir o réu do cometimento de um novo delito, no âmbito penal tem-se que a sanção se presta a desencorajar todos os membros da sociedade²⁵⁰ e se projeta sobre o futuro, preservando a tranquilidade social²⁵¹.

²⁴⁷ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 72.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 73.

²⁴⁹ RICO, José Maria. **Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea**. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 1979, p. 10.

²⁵⁰ BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. São Paulo: Edijur, 2002, p. 23-24.

²⁵¹ ROMAGNOLI, Giandomenico. **Génesis del derecho penal**. Traducción de González Cortina y J. Guerrero. Bogotá: Têmis, 1956, p. 140-150.

Em um sistema de regulamentação prévia, portanto, uma regra constitucional é formulada com o intuito de afastar um risco cuja materialização é incerta e, pode-se dizer, só existe no campo da imaginação. Enquanto isso, a estipulação de uma sanção na hipótese de incidência em uma determinada conduta exige a demonstração de sua materialização e uma análise caso a caso pelo tribunal, mas mina a necessidade de prevenções contra riscos fantasmagóricos e que podem atrapalhar o desempenho das funções estabelecidas às pessoas e instituições nas constituições²⁵². Vermeule destaca que, no contexto dos Estados Unidos, sua formulação não é anormal ou pioneira, mas representa um posicionamento já exteriorizado até mesmo na Suprema Corte e ilustrado especialmente pela afamada passagem do *Justice* Holmes de “não enquanto este Tribunal se reunir”²⁵³.

A referida proposição compôs a dissidência de Holmes no caso *Panhandle Oil Co. versus Mississippi ex. Knox*, que girou em torno de um imposto instituído pelo estado do Mississippi aos distribuidores e revendedores varejistas de gasolina para poderem atuar no ramo. No caso, litigavam o estado e um revendedor do combustível, processado pelo estado por dever certas quantias referentes ao mencionado imposto e que sustentava que suas vendas haviam sido realizadas aos Estados Unidos para uso pela frota da Guarda Costeira e pelo Hospital de Veteranos, não se podendo incluir o tributo na transação com o próprio governo sem afronta à Constituição dos Estados Unidos. A Corte estadual manteve o imposto e apontou as consequências extremas que uma decisão diferente poderia acarretar. Apesar de a decisão da Suprema Corte ter sido no sentido de declarar a nulidade do imposto nas transações em favor dos Estados Unidos, Holmes apresentou posicionamento de que os Tribunais podem evitar o confisco quando efetivamente configurado, como comumente o fizeram na história estadunidense, não sendo proveitoso e nem necessário abolir o poder de tributar²⁵⁴.

O mesmo princípio de “não enquanto este Tribunal se reunir” também encontrou aplicação em caso envolvendo a liberdade de expressão. No caso *Beauharnais versus Illinois*, o *Justice* Frankfurter a aplicou em seu voto na decisão

²⁵² VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 73.

²⁵³ Em tradução livre. No original: “not while this court sits”.

²⁵⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Panhandle Oil Co. versus Mississippi ex Rel. Knox**, 277 U.S. 218, 1928.

da Suprema Corte de defender a validade de uma lei do estado de Illinois que tornava ilegal tornava ilegal publicar ou exibir qualquer escrito ou imagem que atrelasse depravação, criminalidade ou falta de pudor a uma classe de cidadãos de qualquer raça, cor, credo ou religião.

Os fatos postos diante do Tribunal envolviam a distribuição de folhetos pelo réu – condenado pela Corte estadual – que apresentavam pedido ao Prefeito e à Câmara Municipal de Chicago de que fossem adotadas medidas contra as supostas usurpações, perseguições e invasões do movimento negro às propriedades daquela cidade. Em sua defesa, o réu sustentava que sua conduta estava albergada pela Primeira Emenda à Constituição de 1787, que estava sendo afrontada pela lei estadual. Frankfurter, entretanto, afastou esta argumentação. Para ele, em que pese não se esteja imune a eventuais abusos do Poder Legislativo, que pode produzir leis discriminatórias ou que firam direitos, a possibilidade de abuso do poder não é justificativa para a adoção de medidas preventivas e que impeçam o legislador de legislar. Cabe, ao contrário, aos tribunais, manter e exercer sua autoridade para anular a ação que deponha a liberdade de expressão sob o pretexto de punição por difamação, caso se materialize. Ademais, a título de curiosidade, Frankfurter registrou que o discurso conduzido configurava calúnia e, portanto, não era protegido pela Primeira Emenda²⁵⁵.

Em se tratando do constitucionalismo de precaução, o ditado popular de que “é melhor prevenir do que remediar” parece não ser sempre aplicável. Isto porque as precauções não alcançam o fim a que se propõem, maximizam o risco que se pretende evitar ou outros paralelos e geram grandes custos quando poderiam ser simplesmente corrigidos posteriormente. Para além disso, as medidas precaucionais impedem que se alcance uma condição de atuação ótima das instituições e agentes públicos aos quais o desenho constitucional tenha atribuído algum poder de tomada de decisão. É o que se abordará a seguir.

3.3 O CONSTITUCIONALISMO DE OTIMIZAÇÃO: A POSTURA MADURA DE ABORDAGEM DOS RISCOS DE SEGUNDA ORDEM.

²⁵⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Beauharnais versus Illinois**, 343 U.S. 250,1952.

Conforme antecipado, Adrian Vermeule defende que a melhor forma de regulação dos riscos de segunda ordem - excluídos, portanto, riscos ambientais, econômicos e decorrentes da atuação humana, que compreendem riscos de primeira ordem - é a partir do constitucionalismo de otimização, que propõe o enfrentamento dos problemas a partir de uma posição madura²⁵⁶.

A postura madura para tratar de riscos advindos da alocação e exercício do poder pelas instituições e agentes públicos considera duas questões relevantes: a primeira, que tanto a ação quanto a inação guardam riscos e ambos os espectros devem ser analisados com seriedade; a segunda, que nunca haverá certeza sobre as consequências da ação ou inação²⁵⁷, mas, apesar disso, no que tange às previsões desastrosas, deve-se lembrar que *le pire n'est pas toujours sûr*²⁵⁸.

Considerando estas premissas, na perspectiva do constitucionalismo de otimização, o objetivo dos legisladores constitucionais e de seus intérpretes deve ser de implementar um sistema com regulamentações ideais, não máximas, mesmo porque paralelamente existem riscos compensatórios àqueles que se pretenda precaucionar. Isto, inclusive, porque, como visto, as precauções podem ter um efeito diametralmente oposto ao desejado, até mesmo expandindo riscos e, neste caso, tornando-se autodestrutivas.

Para o constitucionalismo de otimização, deve-se intentar maximizar a diferença entre os riscos a ser evitados e os compensatórios²⁵⁹, de modo que, na prática, o problema central é alcançar o equilíbrio entre duas características desejáveis, porém incompatíveis²⁶⁰ (*trade offs*²⁶¹). É o desafio de manter a

²⁵⁶ "The mature position" é uma expressão cunhada por Albert Otto Hirschman, em **The Rhetoric of Reaction: Perversity, Futility, Jeopardy**. 1. ed. Princeton: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

²⁵⁷ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 77.

²⁵⁸ Expressão atribuída a Paul Claudel e que significa, em tradução livre, que "O pior nem sempre é certo (de acontecer)".

²⁵⁹ Adrian Vermeule explica, com base na obra *Precaution in a Multirisk World*, in *Human and Ecological Risk Assessment: Theory and Practice*, de Jonathan B. Wiener, que o cálculo para apuração da precaução ideal ao invés da máxima considerará "a regulação ótima em face de um risco-alvo (TR) e um risco compensatório (CR) ambos sendo levados a sério e com esforço para maximizar sua diferença ($\Delta TR - \Delta CR$)" (no original: "[...] [o]ptimal regulation in the face of a target risk (TR) and a countervailing risk (CR) would take both seriously and strive to maximize their difference ($\Delta TR - \Delta CR$)"). Ibid., p. 77,

²⁶⁰ Ibid., p. 77.

²⁶¹ Em economia, o conceito de trade-off se reporta à escolha de uma ação econômica em detrimento da outra, geralmente significando que selecionar um curso de ação implica em abrir mão de outro,

estabilidade social e democrática sem, com isso, exacerbar o risco de uma convulsão que acabe minando os bens que se pretende proteger ou impedir que se atinja a melhor gestão possível de riscos de primeira ordem.

Neste sentido, o constitucionalismo de otimização preconiza que devem i) ser ponderados todos os riscos relevantes envolvidos em uma tomada de decisão – considerando aqueles a ser acautelados e os que poderão criados ou exacerbados pela medida – e ii) ser excluídas demandas irrestritas de máxima segurança e proteção. Esta “função negativa” serve como um filtro que elimina certos tipos obsessões com riscos particulares, que podem cegar os sujeitos obcecados em relação às consequências da sua atuação desenfreada para prevenir um risco alvo²⁶² e gerar regulamentações distorcidas²⁶³. Isto se vincula justamente às virtudes da postura madura: i) o desvio de obsessões políticas, o que Vermeule considera que beira o banal, na medida em que os legisladores e intérpretes devem eles próprios ter consciência de evitar obsessões e avaliar os riscos políticos pelo que eles são, nem por mais, nem por menos²⁶⁴; ii) o distanciamento de extremos, o que, para o Professor, é sempre uma boa ideia e se afere da observação pragmática baseada em julgamentos empíricos “sobre as circunstâncias recorrentes da construção constitucional”²⁶⁵; e iii) a flexibilidade, a ser abraçada pelos legisladores constitucionais junto da ampla gama de compromissos e alocações de autoridade institucional, que propõe balanço e maturidade nas tomadas de decisões e implica na abordagem das questões diante de si postas sem preconceitos ou inclinações em favor de arranjos institucionais específicos²⁶⁶.

No âmbito do desenho das constituições, este cálculo consciente pode gerar regulamentações distintas das que ocorreriam sem a mesma reflexão. Geralmente as constituições são elaboradas após uma ruptura social que sucede, e em parte decorre de, uma conjuntura de absurdos políticos ou de um grave risco político

“isto é, quando uma ação econômica que visa à resolução de determinado problema acarreta, inevitavelmente, outros. Por exemplo, de acordo com as concepções keynesianas modernas, em determinadas circunstâncias a redução da taxa de desemprego apenas poderá ser obtida com o aumento da taxa de inflação, existindo, portanto um trade-off entre inflação e desemprego.”. SANDRONI, Paulo (Org.). **Novíssimo dicionário de economia**. Best Seller: São Paulo, 1999, p. 612.

²⁶² VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 85.

²⁶³ Ibid., p. 86.

²⁶⁴ Ibid., p. 188.

²⁶⁵ No original: “[...] about the recurring circumstances of constitution-making”. Ibid., p. 188-189.

²⁶⁶ Ibid., p. 190.

materializado. Sob tais circunstâncias, é instintiva a demanda por dispositivos constitucionais e estruturas que protejam os cidadãos das formas de abuso ou risco até então vivenciadas, mas que poderiam ser facilmente afastadas em um processo que – mesmo ligeiramente – considerasse os riscos compensatórios e colaterais envolvidos²⁶⁷.

Nesta esfera, a postura madura serve como um “corretivo intelectual” que viabiliza se observem “todos os riscos relevantes diante de legisladores e intérpretes constitucionais e do público que, em última análise, julga ambos”²⁶⁸. Trata-se, portanto, de um remédio para o enfrentamento das disfunções que facilmente teriam espaço neste cenário: a política da desconfiança, a hermenêutica da suspeita e a propagação de um estilo político paranoico.

No plano da interpretação constitucional, por sua vez, é razoável assumir que a ponderação dos cenários atrelados à tomada de decisões e julgamentos pode, ao menos, contribuir para uma redução de distorções decorrentes de fobias que guiam a um estado razoável ou ruim de aproveitamento dos riscos políticos ao invés de ótimo. Afinal, é difícil imaginar que a avaliação racional dos efeitos de uma determinada decisão possa ser danosa de alguma maneira. Além disso, no que toca à maior liberdade de ação que possa decorrer da não adoção de alguma precaução, é muito provável que se possa adotar alguma estratégia posterior como remédio caso resulte em algum dano ou transgressão.

Para Turley, a proposição de Vermeule é demasiadamente abstrata – o que inclui a definição de risco, que é apresentada como um guarda-chuva que comporta conceitos como incerteza e insegurança –, assume os riscos políticos como uma tautologia incomensurável e inevitável e não valora a contento riscos importantes como o agigantamento do Poder Executivo, este que representa preocupação constante na história dos Estados Unidos, onde a obra foi escrita, desde os seus primórdios. Ainda, se considerado que algumas ações podem representar ameaças à existência de um Estado democrático, a proposição de evitar a adoção de precauções torna-se muito menos atraente e deixa de aparentar ser manejo ótimo

²⁶⁷ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, 2014, p. 86.

²⁶⁸ No original: “[...] all relevant risks before constitutional designers, constitutional interpreters, and the public who ultimately judges both”. Ibid., p. 86.

do risco²⁶⁹. Por fim, para Turley a comparação dos riscos existentes e dos danos colaterais pode ser muito complexa²⁷⁰.

Turley, em suas reiteradas demonstrações de preocupações com os riscos derivados da alocação de poder pelas constituições entre as instituições, demonstra forte apego às precauções já existentes e, possivelmente, defenderia ainda mais amarras, especialmente ao Poder Executivo. Ainda que haja razão à crítica de que a teoria formulada por Vermeule não oferece a exata fórmula para o cálculo dos riscos políticos envolvidos na tomada de decisão, a outra parcela da crítica merece algumas ponderações.

No que se refere ao peso atribuído a cada risco envolvido nas tomadas de decisões, a obra de Vermeule parecer ser uma resposta indireta à preocupação de Turley. A própria natureza aberta da definição de risco parece apontar que o Professor de Harvard não pretende se dedicar à sua abordagem detalhada. Apesar de, obrigatoriamente, lidar com a análise de riscos, a teoria de Vermeule é muito mais direcionada à forma de manejá-los do que propriamente ao valor que cada um comporta dentro da estrutura constitucional.

No mais, apesar de, em regra, rejeitar presunções e regras preventivas que visem evitar a todo custo os riscos políticos, a postura madura comporta uma exceção²⁷¹. Trata-se da hipótese em que as regras precaucionais sejam “elas próprias, a melhor resposta à luz de todos os riscos relevantes”²⁷², o que pode ocorrer quando “à luz da racionalidade limitada ou incentivos distorcidos dos tomadores de decisão da linha de frente, o melhor curso de ação é restringir o poder oficial a um determinado domínio, ou através de certos procedimentos”²⁷³.

Em um sistema democrático, é plausível a adoção de uma medida que se afaste da precaução ideal – limite defendido pelo constitucionalismo de otimização – após um processo de escolha informado e que considere todos os riscos envolvidos.

²⁶⁹ TURLEY, Jonathan. A Fox in the Hedges: Vermeule's Vision of Optimized Constitutionalism in a Suboptimal World. **The University of Chicago Law Review**. Vol. 82, p. 517-572, 2015, p. 554. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol82/iss1/16>>. Acesso em: 14 jun. 2021

²⁷⁰ Ibid., p. 555.

²⁷¹ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 24.

²⁷² No original: “[...] such rules are themselves the best response in light of all relevant risks”. Ibid., p. 14.

²⁷³ No original: “[...] that in light of the limited rationality or [...] distorted incentives of front-line decision makers, the best course of action is to restrict official power to a certain domain, or through certain procedures”. Ibid., p. 14.

Isto, em grande parte, porque os tomadores de decisão precisam descobrir quais são as precauções ideais em cada conjuntura, o que nem sempre é possível. E isto não caracteriza, em si, um problema. Em verdade, o que a teoria de Vermeule condena são as decisões que se afastam do ideal por motivos errados ou espúrios²⁷⁴.

A exceção não comporta, por exemplo, os riscos políticos raros e extremamente danosos (riscos *fat-tail*). E isto principalmente porque as cautelas estabelecidas também conceberão variantes de eventos muitíssimo raros e assustadoramente graves na hipótese se concretizarem²⁷⁵. É a questão que circunda, por exemplo, a separação dos Poderes, precaução adotada com o fito de obstar a ditadura do Poder Executivo ou a tirania do Poder Legislativo e que, conforme exposto anteriormente, por suas amarras, pode criar uma demanda popular por medidas extraconstitucionais que guie, ela própria, à erupção do panorama que se pretendia evitar e prejudique o sistema constitucionalmente instaurado. Para Vermeule, ambas as situações são igualmente possíveis e remotas²⁷⁶, e, no mínimo, demonstra que o constitucionalismo de precaução não se sobrepõe ao constitucionalismo de otimização.

Em uma perspectiva mais ampla, a realidade é que, em uma perspectiva diferente da de Turley, mesmo no pior dos cenários, a análise dos riscos envolvidos na tomada de decisão dificilmente tornará as coisas piores do que estão sem a sua devida análise²⁷⁷. No contexto brasileiro pós promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente a partir de 2016, o manejo do risco político pelos intérpretes constitucional parece reclamar um pouco mais de reflexão antes da emissão de decisões que limitam a atuação dos Poderes, especialmente o Poder Executivo.

No afã de impedir o fantasma do abuso de poder, e o protagonista desta narrativa em terras tupiniquins tem sido o Poder Judiciário, está-se disposto a limitar e até mesmo impedir o exercício de previsões expressas na própria Constituição e, o

²⁷⁴ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 79.

²⁷⁵ Ibid., p. 80.

²⁷⁶ Ibid., p. 80.

²⁷⁷ Ibid., p. 87.

mais irônico, sob o argumento de a estar protegendo e às suas previsões. No próximo capítulo, passa-se a destrinchar a postura – nada madura – aqui referida.

4 CAPÍTULO III: APLICAÇÃO À REALIDADE BRASILEIRA.

Conforme exposto nos Capítulos I e II, o controle do Poder Executivo surgiu como medida necessária ao controle das arbitrariedades propagadas pelos governantes, que colocavam em perigo os valores tidos como importantes em cada momento histórico e em uma sociedade liberal. Em sua configuração mais moderna, o controle alcança outras proporções e atinge uma atuação precaucional dos riscos decorrentes da alocação do poder entre as instituições pelas constituições, o que é possibilitado em grande medida pela liberdade concedida ao Poder Judiciário de revisão dos atos da Administração e está longe de significar a melhor forma de manejo dos riscos políticos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi um marco de diversas nuances. Marcando a superação de um longo período de regime militar, o novo regramento constitucional seguiu o padrão das constituições concebidas pós rupturas e implementou previsões tipicamente precaucionais, o que se verifica de imediato em seu artigo 1º, com a separação dos Poderes, além do extenso rol de direitos e garantias no decorrer de seus 250 artigos. É posteriormente à sua promulgação, também, que o país adentra em um novo estágio de judicialização da política e precaucionalização dos riscos de segunda ordem. Se, em 1948, o então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte Miguel Seabra Fagundes marcava a história administrativo-constitucional com uma decisão sobre o controle dos atos administrativos no bojo da Apelação Cível nº 1.422, a partir de 2016 o Supremo Tribunal Federal passou a protagonizar o extremo de sua conduta ao se imiscuir no mérito de nomeações de Ministros de Estado.

O que, principalmente, diferencia a decisão de Seabra Fagundes das emitidas pelo Supremo Tribunal Federal no século XXI são a razão e o momento da intervenção judicial nas ações do Poder Executivo. Enquanto em 1948 a decisão se deu para correção de uma ilegalidade materializada, a partir de 2016 passa-se a acatar elucubrações de conjunturas possíveis e incertas; enquanto em 1948 a análise da legalidade ocorreu *após* a materialização de um dano a um direito, a praxe recente da Corte superior brasileira tem sido, a partir do *seu* juízo de

conveniência e oportunidade, deliberar, *a priori*, sobre as decisões políticas que quem esteja ocupando a Presidência da República pode se valer em seu governo.

Assim, tendo em conta a proposta de Vermeule de abordagem de riscos políticos, neste Capítulo III serão objeto de estudo três casos marcantes envolvendo a nomeação de Ministros de Estado pelos Chefes do Poder Executivo Federal brasileiro: Lula, Moreira Franco e Cristiane Brasil. Além de elencar os argumentos que sustentaram as principais decisões sobre a manutenção ou a suspensão dos efeitos dos atos de nomeação dos escolhidos, objetiva-se analisar a perspectiva – se preventiva ou otimizadora das regras constitucionais – adotada nos julgamentos e, na medida do possível, seus efeitos na ordem jurídica brasileira.

4.1 UMA QUESTÃO PRELIMINAR.

Cumpra, antes de adentrar nos casos de Lula, Moreira Franco e Cristiane Brasil, aclarar que o Supremo Tribunal Federal já havia sido instado a se manifestar, tangencialmente, sobre a nomeação de Ministro de Estado por ocasião da ADPF nº 388. A demanda, entretanto, focava em outra questão que não exclusivamente o ato presidencial em si, mas, por seu objeto, acabava o afetando também. Na ADPF nº 388, julgada pelo Plenário do STF em 09 de março de 2016 sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o PPS pleiteava a pronúncia da inconstitucionalidade da Resolução nº 72/2011 do Conselho Nacional do Ministério Público e a declaração de que os membros do Ministério Público não poderiam exercer cargos ou funções no Poder Público.

A Resolução nº 72/2011 revogou os artigos 2º, 3º e 4º da Resolução nº 5/2006 da mesma entidade, que proibiam o exercício de diversos cargos e funções externas ao próprio Ministério Público por seus membros. Com fulcro na nova Resolução, o CNMP vinha reiteradamente autorizando o afastamento de membros do Ministério Público para o exercício de cargo ou função vinculada ao Poder Executivo nas esferas estadual e federal – neste último caso, materializando-se com a nomeação de Wellington César Lima e Silva para o cargo de Ministro de Estado da Justiça em 02 de março de 2016²⁷⁸. Para o PPS, a prática afrontava as previsões

²⁷⁸ BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 02, edição de 03 de março de 2016. Brasília, DF, 2016.

dos artigos 128, § 5º, II, "d", e 129, IX, da Constituição Federal e punha em perigo a separação dos Poderes.

O voto do Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pela maioria dos seus pares, registrou não se tratar apenas de um julgamento sobre uma normativa, mas de uma prática institucionalizada de afronta à Constituição Federal, na medida em que, em todo o país, à época, 22 membros do Ministério Público exerciam cargos no Poder Executivo, estando, para tanto, temporariamente afastados do MP. O relator destacou que a vedação constitucional visa, centralmente, “o impedimento ao exercício de cargos fora do âmbito da Instituição” e, por isso, o CNMP, em sua atuação, tentou alterar a Constituição criando uma “exceção à vedação constitucional, que textualmente não admitia exceções” e, com isso, “adotou entendimento afrontoso à Constituição Federal e à jurisprudência do STF”. Gilmar Mendes ainda indicou que a vedação constitucional é uma defesa à própria Instituição Ministério Público e aos seus membros. À primeira porque “não fica subordinada aos interesses políticos, e mesmo a projetos pessoais de seus próprios membros”; e aos segundos pois “podem exercer suas funções de tutela da Administração Pública sem receio de reveses por fiscalizarem outros membros que, em um momento futuro, retornarão à direção da Instituição”²⁷⁹.

Ressalta-se que o Supremo Tribunal também já havia se manifestado em outras ocasiões sobre a impossibilidade do exercício de cargo ou função atrelada ao Poder Público por membro do Ministério Público, nos julgamentos i) da ADI nº 2.084, que tratou de dispositivo da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo que autorizava o exercício de cargo ou função de confiança da Administração Superior²⁸⁰; ii) da ADI nº 2.534, que abordou alterações introduzidas na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais que autorizavam o afastamento de membro da Instituição para o exercício de cargo de ministro, secretário de Estado ou seu substituto imediato²⁸¹; iii) da ADI nº 2.836, que analisou previsão da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro que autorizava seus

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 388. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 09 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF 2016.

²⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.084. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 16 de fevereiro de 2000. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 2000.

²⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.534. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 15 de agosto de 2002. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 2002.

membros ao exercício de cargo ou função de confiança²⁸²; iv) da ADI nº 3.298, em que foi questionada lei do Estado do Espírito Santo que autorizava o exercício de cargo comissionado estadual ou federal fora da Instituição por membros do Ministério Público²⁸³; v) da ADI nº 3.574, que discutiu a suposta inconstitucionalidade da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Sergipe ao autorizar exercício de cargo fora da Instituição²⁸⁴; vi) do MS nº 26.595, que continha pleito de promotor de Justiça de afastamento de ato do CNMP que, com base na Resolução nº 5/2016, o impediu de ocupar cargo na diretoria do IBAMA²⁸⁵; e vii) do RE nº 742.055, em que promotores do Estado do Paraná pleiteavam o reconhecimento da possibilidade de exercício de função no Conselho Estadual da Polícia Civil²⁸⁶. Em todos os casos o STF vedou o exercício de cargo atrelado ao Poder Executivo na forma autorizada por leis estaduais ou pretendida por promotores.

Retornando à questão da ADPF nº 388, na medida em que o Supremo Tribunal Federal consignou que “somente mudando o conteúdo da Constituição é possível tolerar o exercício, por membro do MP, de cargo na Administração Pública, fora da Instituição, que não seja de professor”, foi declarada inconstitucional a Resolução nº 72/2011 do CNMP e estabelecida a interpretação de que membros do Ministério Público não podem ocupar cargos públicos, fora do âmbito da Instituição, salvo de magistério. Em vista disso, ainda, foi determinada a exoneração dos ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada²⁸⁷.

Em vista disso, Wellington César Lima e Silva deixou o cargo de Ministro de Estado da Justiça e foi nomeado como seu sucessor Eugênio José Guilherme de Aragão²⁸⁸. Por conta de o novo Ministro também ser membro do Ministério Público, foi ajuizada Ação Popular – distribuída ao juízo da 7ª Vara Federal da Seção

²⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.836. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 17 de novembro de 2005. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 2005.

²⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.295. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 10 de maio de 2007. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 2007.

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.574. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 16 de maio de 2007. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 2007.

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.595. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 07 de abril de 2010. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 2010.

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 742.055. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 06 de agosto de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2013.

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 388. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 09 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016.

²⁸⁸ BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 02, edição de 14 de março de 2016. Brasília, DF, 2016.

Judiciária do Distrito Federal/DF sob o nº 0019562-53.2016.4.01.3400 – indicando afronta à orientação fixada pelo STF dias antes, no julgamento da ADPF nº 388. Apreciando pedido de medida preliminar para suspensão dos efeitos da nomeação, a magistrada ponderou que, apesar de Eugênio Aragão ter ingressado no MP antes de 1988, quando ainda era possibilitada a cumulação de cargos, a interpretação realizada pelo STF na referida ADPF também o abarcava, sendo necessária sua exoneração de um dos cargos que detinha. O pedido de medida liminar foi, então, deferido pela magistrada em 12 de abril de 2016²⁸⁹.

No dia seguinte, entretanto, a decisão foi suspensa pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no bojo da Suspensão de Liminar nº 00019491-21.2016.4.01.0000, na medida em que, para o relator, o exercício de cargo no Poder Executivo por membro do Ministério Público que tenha ingressado na carreira antes de 1988 não foi objeto da ADPF nº 388. Considerando que a matéria seria apreciada pelo STF por ocasião do julgamento da Reclamação nº 23.413, ajuizada pelo PPS, o Presidente da Corte considerou a liminar deferida na primeira instância “prematura” e julgou necessária a sua suspensão²⁹⁰. A questão não chegou a ser apreciada pelo STF antes da exoneração de Eugênio Aragão, que ocorreu em maio de 2016²⁹¹.

Considera-se, a despeito da existência da ADPF nº 388 e da AP nº 0019562-53.2016.4.01.3400 e seus desdobramentos, que se tratam de situações diferentes dos casos de Lula, Moreira Franco e Cristiane Brasil, sendo que estes últimos indicam o início de um novo momento jurídico, no qual são adotadas medidas eminentemente de precaução de riscos políticos. Nos primeiros casos mencionados, questionou-se a incompatibilidade de uma nomeação com uma regra *objetiva* da Constituição Federal ou a jurisprudência do STF; marcos com *conteúdo objetivo e definido*, o que é, em suma, análise atribuída ao Supremo Tribunal Federal quando a Constituição Federal, em seu artigo 102, lhe incumbe de “guarda” das disposições constitucionais.

²⁸⁹ BRASIL. 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF. Ação Popular nº 0019562-53.2016.4.01.3400. Relatora: Juíza Federal Luciana Raquel Tolentino de Moura. Brasília, 12 de abril de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016.

²⁹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Suspensão de Liminar nº 00019491-21.2016.4.01.0000. Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro. Brasília, 13 de abril de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016.

²⁹¹ Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 02, edição de 12 de maio de 2016. Brasília, DF, 2016.

Entende-se que os últimos casos mencionados retratam situação diversa, encerrando julgamentos fulcrados em questões objetivamente *subjetivas* – sendo um indício disso a sempre presente divergência de decisões entre as instâncias judiciais quando analisando os mesmos casos – e que permitiram a intervenção do Poder Judiciário no juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo e, mais do que isso, em matéria política sem que houvesse autorização legal ou constitucional para tanto. As decisões adiante são pautadas em interpretações dadas a preceitos e princípios jurídicos abstratos, que não podem ser aferidos com a mesma objetividade que a contrariedade a uma disposição constitucional expressa de impossibilidade de cumulação de cargos.

4.2 O CASO LULA.

Em 16 de março de 2016, a então Presidente do Brasil Dilma Rousseff, nomeou para o cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil o ex-presidente da República e seu colega de partido, Luiz Inácio Lula da Silva²⁹². No mesmo dia, o Juiz Federal Sérgio Moro, da 13ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR, levantou sigilo, no bojo de apenso da ação de busca e apreensão nº 5006617-29.2016.4.04.7000, de gravações telefônicas de Lula ocorridas no mesmo dia²⁹³, dentre as quais, em uma delas, havia referência, por parte de Dilma, do envio do termo de posse para uso “em caso de necessidade”²⁹⁴, o que foi amplamente divulgado pela mídia.

Esta conjuntura de nomeação seguida do levantamento do sigilo das ligações telefônicas levou ao ajuizamento imediato de ações populares em todas as regiões do país, notadamente perante os juízos da: i) no centro-oeste 22ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF – a primeira ajuizada; 4ª Vara

²⁹² BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 01, Edição Extra de 16 de março de 2016. Brasília, DF, 2016.

²⁹³ BEDINELLI, Talita. Sérgio Moro levanta sigilo de investigação de Lula e põe Governo contra a parede. **El País**, 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/16/politica/1458168323_226711.html>. Acesso em: 20 jun. 2021.

²⁹⁴ LEITÃO, Matheus. Lula sabia ou desconfiava que estaria sendo interceptado, diz Moro. **G1**, 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/blog/matheus-leitao/post/lula-sabia-ou-desconfiava-que-estaria-sendo-interceptado-diz-moro.html>>. Acesso em 20 jun. 2021.

Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF; 17ª Vara Federal do Distrito Federal/DF; 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF; 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás/GO; 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Campo Grande/MS; e 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Campo Grande/MS; ii) no sul 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Chapecó/SC; 6ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Porto Alegre/RS; 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Santo Ângelo/RS; 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR; 5ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR; 11ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR; 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Londrina/PR; e 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Maringá/PR; iii) no sudeste 22ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais/MG; 21ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais/MG; 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ; 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ; 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Serra/ES; 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Ribeirão Preto/SP; e 11ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo/SP; iv) no nordeste 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco/PE; e 6ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco/PE; e v) no norte 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Roraima/RR; e 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amazonas/AM. Estes dados referem-se apenas às primeiras 72 horas após a nomeação de Lula, mas nas semanas seguintes estes números se multiplicaram ainda mais, ultrapassando 50 demandas em todo o país. O número de demandas levou a Advocacia-Geral da União a suscitar conflito de competência perante o Superior Tribunal de Justiça, distribuído sob o nº 145.918, cuja apreciação colegiada ocorreu em 10 de maio de 2017 e declarou competente a 22ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF, "na medida em que para essa unidade jurisdicional foi distribuída a demanda primeva"²⁹⁵.

As ações, com leve alteração na forma nos argumentos utilizados em cada uma, e tendo como espinha dorsal a arguição de existência de desvio de finalidade no ato da Presidente da República, pleiteavam a cassação pelo Poder Judiciário da nomeação do novo Ministro de Estado. Em certa medida, a corrida pela judicialização da nomeação foi impulsionada pela oposição ao governo no

²⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 145.918/DF. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, 10 de maio de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2020.

Congresso Nacional, como i) o Senador Álvaro Dias (PV/PR), que declarou, poucas horas após o anúncio da possibilidade de nomeação de Lula ao cargo, a inexistência, em seu ver, de “justificativa plausível capaz de nortear a nomeação do ex-presidente Lula para integrar o primeiro escalão do governo da presidente Dilma Roussef” e que se trataria de “uma manobra política para blindar o ex-primeiro mandatário do País sob o abrigo de uma Pasta ministerial”²⁹⁶ e ii) o Senador Ronaldo Caiado (DEM/GO), que anunciou a preparação de seu Partido para o ajuizamento de ações populares nas 27 unidades da federação, além de exprimir a opinião, à época, de que “o objeto único [da nomeação] é esconder o ex-presidente Lula de toda a Operação Lava Jato”²⁹⁷.

Apesar da polvorosa nacional, a nomeação ocorreu conforme planejado na manhã do dia seguinte, 17 de março de 2016. Cerca de uma hora após o ato, entretanto, sobreveio decisão judicial proferida nos autos da Ação Popular nº 165425.42-2016.4.01.3400, da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF determinando a suspensão do “ato de nomeação do sr. Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, ou qualquer outro que lhe outorgue prerrogativa de foro”²⁹⁸.

Na decisão, que chama atenção por conter meras duas páginas, o magistrado consignou que a investidura de Lula no cargo poderia “ensejar intervenção, indevida e odiosa [...] na atividade policial, do Ministério Público e até mesmo no exercício do Poder Judiciário”. Além disso, no tocante à motivação de Dilma para a nomeação de Lula, a decisão indicou que seria a de “modificar a competência, constitucionalmente atribuída, de Órgãos do Poder Judiciário”, o que representaria “ato presidencial que, ao menos em tese, é de intervenção do Poder Executivo, no exercício do Poder

²⁹⁶ BRITO, Ricardo. Líder do PV no Senado entra com ação para barrar a nomeação de Lula para Casa Civil. **Estadão**, 2016. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,lider-do-pv-no-senado-entra-com-acao-para-barrar-nomeacao-de-lula-para-casa-civil,10000021610>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

²⁹⁷ BRASIL, Felipe Moura. DEM vai entrar com ações populares contra nomeação de Lula para ministério, caso o golpe se confirme. **Veja**, 2016. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/felipe-moura-brasil/dem-vai-entrar-com-acoes-populares-contra-nomeacao-de-lula-para-ministerio-caso-o-golpe-se-confirme/>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

²⁹⁸ BRASIL. 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF. Ação Popular nº 165425.42-2016.4.01.3400. Relator: Juiz Federal Itagiba Catta Preta Neto. Brasília, 17 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016. O original possui grifos que foram ocultados na citação.

Judiciário. Ato que obsta ou é destinado a obstar o seu – do Judiciário – livre exercício”²⁹⁹.

Ironicamente, apesar de entender que a nomeação de um Ministro de Estado seria intervenção *no* Poder Judiciário, o magistrado também consignou em suas razões de decidir que “o Poder Executivo não depende, para o seu bom e regular funcionamento, da ação ininterrupta do Ministro Chefe do Gabinete Civil”³⁰⁰.

No mesmo dia, outra decisão, desta vez proveniente da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ, adicionou peso à vedação de Lula para o exercício do cargo. De caráter liminar, a decisão proferida no bojo da Ação Popular nº 0029114-53.2016.4.02.5101 fundou-se em pilares semelhantes aos do provimento judicial do Distrito Federal, de que a nomeação de Lula teria a finalidade de concessão de foro privilegiado ao principal líder do PT.

A magistrada consignou que, conforme “amplamente divulgado pela mídia nacional” a “intenção da Presidente da República, era, exatamente, ‘blindar’ referido cidadão e redirecionar os processos referentes à Operação Lava Jato para a Suprema Corte Nacional”. No seu ver, esta estratégia “fere de morte o princípio constitucional do Juiz Natural e o Sistema Jurídico Brasileiro” e, ao mesmo tempo, “não se afigura razoável que a Presidente da República deste País, tente obstruir o curso da Justiça em qualquer grau de jurisdição”³⁰¹.

Ainda na noite de 17 de março de 2016, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por decisão de seu presidente, Cândido Ribeiro, revogou a liminar proferida pela 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF, nos autos da Ação Popular nº 165425.42-2016.4.01.3400. A decisão ocorreu em sede de recurso interposto pela Advocacia-Geral da União, distribuído sob o nº 0014782-85.2016.4.01.0000 e, em sua fundamentação, restou firmado que “a decisão interfere sobremaneira em atribuição privativa da Chefe do Poder Executivo, de nomear e exonerar os Ministros de Estado (art. 84 da Constituição Federal), em

²⁹⁹ BRASIL. 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF. Ação Popular nº 165425.42-2016.4.01.3400. Relator: Juiz Federal Itagiba Catta Preta Neto. Brasília, 17 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016.

³⁰⁰ BRASIL. 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF. Ação Popular nº 165425.42-2016.4.01.3400. Relator: Juiz Federal Itagiba Catta Preta Neto. Brasília, 17 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016.

³⁰¹ BRASIL. 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ. Ação Popular nº 0029114-53.2016.4.02.5101. Relatora: Juíza Federal Regina Coeli Formisano. Rio de Janeiro, 17 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2016.

nítida ingerência jurisdicional na esfera de outro Poder” e que “os autos carecem de prova cabal do alegado desvio de finalidade e/ou crime de responsabilidade atribuído ao ato de nomeação do Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República”³⁰².

No dia seguinte, foi a vez de o Tribunal Regional Federal da 2ª Região apreciar a decisão proferida pela 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ. Também após provocação advinda de recurso interposto pela Advocacia-Geral da União, o Vice-Presidente da Corte entendeu, além da incompetência para julgamento que assolava a decisão recorrida, que esta “interfere sobremaneira em atribuição privativa da Chefe do Poder Executivo” e que “descabe ao Poder Judiciário se imiscuir em considerações de ordem política, uma vez que seu compromisso é exclusivamente com a técnica, a correta interpretação das leis, sejam substantivas ou processuais, e com o respeito à Lei Maior”³⁰³.

Poucas horas depois, nova decisão de primeira instância obstou o exercício do cargo de Ministro de Estado por Lula, desta proveniente da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Assis/SP. Também em decisão de caráter liminar nos autos de Ação Popular, o magistrado consignou não ter havido negativa de Dilma e Lula sobre o intento de “interferir no resultados das investigações” em curso no bojo da Operação Lava Jato “através de ampla atuação ilícita consubstanciada em obtenção de informações privilegiadas para frustrar operações policiais, ocultação de provas, acionamento de possíveis influências em todas as esferas públicas políticas e jurídicas”, em especial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal³⁰⁴.

Tendo isto em conta, o magistrado apontou que “brilha no céu da pátria, neste instante, a constatação de que o ato de nomeação tem por finalidade única alterar a jurisdição responsável por processar e julgar o nomeado, assegurando-lhe a competência do Supremo Tribunal Federal”. Assim, a decisão de sustar o ato de

³⁰² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Pedido de Suspensão de Liminar em Ação Popular nº 0014782-85.2016.4.01.0000. Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro. Brasília, 17 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016.

³⁰³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Pedido de Suspensão de Liminar em Ação Popular nº 0003040-36.2016.4.02.0000. Relator: Desembargador Federal Reis Friede. Rio de Janeiro, 18 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2016.

³⁰⁴ BRASIL. 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Assis/SP. Ação Popular nº 0000447-89.2016.4.03.6116. Relator: Juiz Federal Luciano Tertuliano da Silva. São Paulo, 18 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: São Paulo, 2016.

nomeação de Lula para “o cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, ou qualquer outro que lhe outorgue prerrogativa de foro”, em seu entender, foi medida a se impor “para evitar qualquer risco à independência e ao livre exercício do Poder Judiciário, da atuação da Polícia Federal e do Ministério Público Federal”³⁰⁵.

Na mesma data, sobreveio decisão do Supremo Tribunal Federal, de lavra do Ministro Gilmar Mendes, que freou o rebuliço nas demais instâncias judiciais. A decisão julgou conjuntamente os pedidos de concessão de medida liminar nos Mandados de Segurança nº 34070 e 34071, suspendeu a eficácia da nomeação de Lula para o cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil e determinou a “manutenção da competência da justiça em Primeira Instância dos procedimentos criminais em seu desfavor”³⁰⁶.

4.2.1 Julgamento do Supremo Tribunal Federal dos Mandados de Segurança nº 34070 e nº 34071.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as mais de dez ações questionando a nomeação de Lula por Dilma foram distribuídas da seguinte forma: as ações individuais, incluindo Mandados de Segurança e Ações Populares, ficaram a cargo do Ministro Gilmar Mendes, enquanto as ações de controle concentrado de constitucionalidade, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, foram direcionadas ao Ministro Teori Zavaski. Houve também o protocolo de uma Ação Cautelar, distribuída ao Ministro Marco Aurélio, mas que foi rejeitada sem análise do mérito por o relator entender ser inadequada a via eleita pelo autor.

Os Mandados de Segurança nº 34070 e 34071 foram impetrados em caráter coletivo perante o STF por partidos políticos com representação no Congresso Nacional – PPS e PSDB, respectivamente –, e ambos os autores referenciaram sua

³⁰⁵ BRASIL. 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Assis/SP. Ação Popular nº 0000447-89.2016.4.03.6116. Relator: Juiz Federal Luciano Tertuliano da Silva. São Paulo, 18 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: São Paulo, 2016.

³⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandados de Segurança nº 34070 e 34071. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 18 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016.

ampla legitimidade para o manejo do remédio constitucional, nos termos do artigo 102, II, "a", da Constituição Federal de 1988.

O PPS, nas razões para o provimento de seu pleito, argumentou, em síntese, que teria direito líquido e certo à moralidade administrativa e, ainda, que o ato de nomeação de Lula para o cargo de Ministro de Estado afrontaria tal princípio e estaria eivado de desvio de finalidade. O autor reconheceu que compete à chefia do Poder Executivo a escolha, a seu juízo, de Ministros de Estado, mas defendeu que, no caso de Lula, estava-se buscando finalidade não pública, de conferir prerrogativa de foro ao nomeado e impedir o curso de investigações no bojo da Operação Lava Jato, em andamento perante a 13ª Vara Criminal Federal da Subseção de Curitiba/PR.

A tônica da fundamentação constante no mandado de segurança impetrado pelo PSDB não foi diferente da empregada pelo PPS. O PSDB sustentou a ofensa ao princípio da moralidade administrativa e o desvio de finalidade no ato praticado por Dilma. Arguiu, ainda, que a nomeação constituiu atentado à Constituição Federal, contra o livre exercício do Poder Judiciário, a probidade e o cumprimento de decisões judiciais, notadamente as expedidas pelo juízo da 13ª Vara Criminal Federal da Subseção de Curitiba/PR.

A análise realizada pelo Ministro Gilmar Mendes para a concessão de medida liminar pode ser dividida em dois pontos principais: i) a adequação da via eleita e ii) a existência de elementos contrários à nomeação de Lula suficientes para que se sustasse a eficácia do ato administrativo.

Relativamente ao cabimento do remédio constitucional para os fins pretendidos, o Ministro consignou, de pronto, que ambos os partidos possuíam representação no Congresso Nacional, preenchendo os requisitos do artigo 5º, LXIX e LXX, da Constituição Federal. Apesar disso, outras duas questões deveriam ser investigadas: i) a possibilidade de manejo de mandado de segurança para a tutela de direitos difusos e ii) se os partidos políticos o podem utilizar com esta finalidade³⁰⁷.

Ao fim da exploração destes pontos, o Ministro Gilmar Mendes acabou por afrontar entendimento fixado no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal –

³⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandados de Segurança nº 34070 e 34071. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 18 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016.

conduta declarada consciente na decisão – para acomodar a possibilidade jurídica da via eleita pelo PPS e pelo PSDB. O posicionamento da Corte, até então, era de inviabilidade da utilização de Mandado de Segurança coletivo impetrado por partido político para proteger direitos difusos.

O precedente, conhecido e reconhecido pelo Ministro, se tratava do Recurso Extraordinário nº 196.184, no bojo do qual, inclusive com posicionamento concorde de Gilmar Mendes, restou fixado que “o partido político não está, pois, autorizado a valer-se do mandado de segurança coletivo para, substituindo todos os cidadãos na defesa de interesses individuais, impugnar majoração de tributo”³⁰⁸. Assim, pela orientação pretoriana e conteúdo expresso na posterior Lei nº 12.016/09, apenas para defesa de direitos coletivos e individuais homogêneos seria aplicável manejo de mandado de segurança coletivo impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional e, ainda, desde que para a defesa de direitos dos membros do próprio partido político³⁰⁹.

Este entendimento vinha sendo replicado pelo Supremo Tribunal Federal, como é possível observar nos autos da Mandado de Segurança coletivo nº 33738, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, e do Recurso Extraordinário nº 566.928, apreciado pelo Ministro Ayres Britto. No primeiro caso, o Partido Solidariedade pretendia a determinação judicial de edição, pelo Poder Executivo, de decreto viabilizador de pagamento de parcela do abono anual denominado “gratificação natalina” aos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social. Em decisão datada de 24 de agosto de 2015, a Ministra negou seguimento à ação por inadequação da via eleita e repisou a limitação do cabimento do MS coletivo à

³⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 196.184. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 27 de outubro de 2004. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2004.

³⁰⁹ Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante. BRASIL. Lei nº 12.016/09, de 07 de agosto de 2009. **Diário Oficial da União**: Poder Executivo Federal, Brasília/DF, 2009.

defesa dos membros das agremiações, consignando que “partido político não representa a sociedade, mas parte dela, tanto que é partido”³¹⁰. A discussão analisada por Ayres Britto, por seu turno, tratava, na origem, de MS coletivo impetrado pelo PT contra a legislação tributária do Rio de Janeiro ao qual foi negado seguimento no Tribunal de Justiça daquele estado. O Ministro, ao negar seguimento ao recurso na instância superior, em 06 de abril de 2010, valeu-se da mesma lógica adotada no RE nº 196.184, da ausência de autorização legal aos partidos políticos para substituir todos os cidadãos na defesa de interesses individuais³¹¹.

Não é demais mencionar, também, que parcela da doutrina brasileira acompanha este posicionamento, por entender expressamente previsto na Lei nº 12.016/09³¹², reputar incompatível a defesa de direitos difusos com a comprovação documental necessária na petição inicial de um Mandado de Segurança³¹³ e julgar incabível assegurar a um grupo indeterminado de pessoas um direito subjetivo líquido e certo³¹⁴.

Para o Ministro Gilmar Mendes, entretanto, o referido direcionamento do Supremo Tribunal Federal reduziu a importância do Mandado de Segurança coletivo impetrado por partido político “ao impedir o uso da ação para a defesa de interesses individuais homogêneos não peculiares aos filiados”. Tendo isso em conta e traçando um paralelo com a impetração de Mandado de Segurança contra desvios no processo legislativo, o relator concluiu que i) “pela inexistência de lesão imediata a direitos individuais, a oposição não dispõe de ação que possa atacar imediatamente o ato alegadamente contrário ao direito” e porque ii) “a oposição tem claro interesse em levar ao judiciário atos administrativos de efeitos concretos lesivos a direitos difusos”, estar-se-ia diante de “uma via de defesa da ordem institucional que pode ser validamente desenvolvida e aceita”³¹⁵.

³¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 33738. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 24 de agosto de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2015.

³¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.928. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 06 de abril de 2010. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 2010.

³¹² FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 73.

³¹³ BULOS, Uadi Lamêgo. **Mandado de segurança coletivo, em defesa dos partidos políticos, associações, sindicatos, entidades de classe**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 65.

³¹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **O Mandado de Segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 47/48.

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandados de Segurança nº 34070 e 34071. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 18 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016.

Ultrapassada a discussão sobre o cabimento dos Mandados de Segurança, a segunda questão a ser analisada era a existência de elementos que justificassem a sustação da eficácia da nomeação de Lula.

Neste ponto, o Ministro consignou que, apesar de a Constituição Federal atribuir privativamente a quem desempenhe a função de Presidente da República a incumbência de nomeação de Ministros de Estado, “o ato que visa o preenchimento de tal cargo deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais, mais notadamente os da moralidade e da impessoalidade”. Esta sujeição principiológica, na visão esboçada por Gilmar Mendes na decisão, seria garantia de “coerência valorativa ou justificativa ao sistema jurídico e de apartar, com clareza, discricionariedade de arbitrariedade”³¹⁶.

Em que pese a menção aos princípios estampados no artigo 37 da Constituição Federal, a principal razão de decidir do caso foi a suposta existência de desvio de finalidade. Aplicando a definição dos espanhóis Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero de ilícitos atípicos³¹⁷ ao alegado desvio de finalidade na nomeação de Lula por Dilma, o relator registrou que “a Presidente da República praticou conduta que, *a priori*, estaria em conformidade com a atribuição que lhe confere o art. 84, inciso I, da Constituição – nomear Ministros de Estado”, contudo, “ao fazê-lo, produziu resultado concreto de todo incompatível com a ordem constitucional em vigor: conferir ao investigado foro no Supremo Tribunal Federal”. A concessão de foro por prerrogativa de função seria, ainda, o objetivo central do ato, o que configuraria um desvio de finalidade, além de ser “muito claro o tumulto causado ao progresso das investigações, pela mudança de foro” e “‘autoevidente’ que o deslocamento da competência é forma de obstrução ao progresso das medidas judiciais”³¹⁸.

Para Gilmar Mendes, apesar da possibilidade de seguimento das investigações no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em um cenário “que indicava

³¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandados de Segurança nº 34070 e 34071. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 18 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016.

³¹⁷ Para os referidos autores, os ilícitos atípicos são ações que, apesar de parecerem estar permitidas por uma regra, devem ser consideradas proibidas quando consideradas todas as circunstâncias. Para aprofundamento, ver: ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos Atípicos**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

³¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandados de Segurança nº 34070 e 34071. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 18 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016.

que, nos próximos desdobramentos, o ex-Presidente poderia ser implicado em ulteriores investigações, preso preventivamente e processado criminalmente”, a “assunção de cargo de Ministro de Estado seria uma forma concreta de obstar essas consequências” para Lula. Para finalizar, o Ministro referenciou diversas ligações telefônicas tornadas públicas no curso da Ação Penal nº 5006205-98.2016.4.04.7000, da 13ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR, que indicavam desde a orientação, por terceiros, da nomeação do líder petista a Ministro de Estado, até a conhecida conversa em que Dilma informa a Lula que “eu tô mandando o ‘Bessias’ junto com o papel pra gente ter ele, e só usa em caso de necessidade, que é o termo de posse, tá?”³¹⁹.

Para Gilmar Mendes, esta conversa indicou que Dilma acolheu o conselho reiteradamente recebido e que a justificativa apresentada pelo governo para o envio do termo de posse – de que se trataria de colheita de assinatura para arquivo da Presidência para a hipótese de o nomeado não comparecer à cerimônia de posse – “não corresponde ao que foi dito, nem é compatível com a legislação de regência”. Mais do que isso, “a conduta demonstra não apenas os elementos objetivos do desvio de finalidade, mas também a intenção de fraudar”, o que fundamentou a decisão liminar que determinou a suspensão da eficácia da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil³²⁰.

Posteriormente, com a exoneração de Lula em 12 de maio de 2016³²¹, concomitantemente à admissão do processo de impeachment de Dilma no Senado Federal, a análise do mérito dos Mandados de Segurança restou prejudicada.

Apesar de ser a primeira nomeação ministerial judicialmente questionada nestes moldes, este caso não foi o único no cenário brasileiro; na verdade, abriu portas para uma nova instância de combate político e o envolvimento de novos atores. Já em 2017 a sustação dos efeitos da nomeação de Lula serviu de paradigma para o questionamento de outra indicação da Presidência da República. É o que se passa a abordar.

³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandados de Segurança nº 34070 e 34071. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 18 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016. O original possui destaques que foram ocultados.

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandados de Segurança nº 34070 e 34071. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 18 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016.

³²¹ BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 02, edição de 12 de maio de 2016, Brasília, DF, 2016.

4.3 O CASO MOREIRA FRANCO.

Em 03 de fevereiro de 2017, Michel Temer nomeou Wellington Moreira Franco para o cargo de Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República³²². O ato se deu quatro dias após a homologação de delações premiadas da operação “Lava Jato” pela Ministra-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, nas quais Moreira Franco foi citado 34 vezes pelo delator Cláudio Melo Filho, à época ex-vice-presidente de relações institucionais da Odebrecht, sob o apelido de “angorá”³²³. Após a nomeação, começaram a surgir, tal qual no caso de Lula, demandas judiciais em todo o país almejando a cassação do ato do chefe do Poder Executivo.

Neste contexto, em 8 de fevereiro de 2017, o Juízo da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF suspendeu liminarmente a nomeação de Moreira Franco no bojo da Ação Popular nº 0006349-43.2017.4.01.3400. Na decisão, o magistrado fez referência à sustação da eficácia da nomeação de Lula pelo Ministro Gilmar Mendes, que “reconheceu que consubstancia desvio de finalidade o ato do Presidente da República que nomeia Ministro de Estado com o propósito de conferir a este foro por prerrogativa de função”. E, para além disso, que o precedente seria um reconhecimento do Supremo Tribunal Federal de que “o afastamento de ministro de Estado nomeado diante de tais circunstâncias não representa, sob as lentes da separação dos poderes, interferência indevida do Judiciário sobre o Executivo”³²⁴.

Na visão do magistrado, não haveria razão para decidir o caso de Moreira Franco de forma diversa ao desfecho que o STF deu ao de Lula, visto que

³²² BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 02, edição de 03 de fevereiro de 2017. Brasília, DF, 2017. O cargo de Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República havia sido extinto durante a reforma ministerial de maio de 2016 e foi reinstituído pela Medida Provisória nº 768. BRASIL. Medida Provisória nº 768, de 2 de fevereiro de 2017. **Diário Oficial da União**: Poder Executivo, Brasília, DF, 2017.

³²³ CASADO, Letícia et al. Temer usava aliados para fins pessoais, diz delator. **Folha de S. Paulo**, 2016. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1840391-temer-usava-aliados-para-fins-pessoais-diz-delator.shtml>>. Acesso em 01 jul. 2021.

³²⁴ BRASIL. 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF. Ação Popular nº 0006349-43.2017.4.01.3400. Relator: Juiz Federal Eduardo Rocha Penteado. Brasília, 08 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2017.

“Wellington Moreira Franco foi mencionado, com conteúdo comprometedor, na delação da Odebrecht no âmbito da Operação Lava Jato” e que “a sua nomeação como Ministro de Estado ocorreu apenas três dias após a homologação das delações, o que implicará na mudança de foro”. Havendo semelhança, portanto, com os fatos do MS nº 34070, entendeu pela determinação de suspensão da eficácia do ato de nomeação do indicado de Temer³²⁵.

Na manhã seguinte, o presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, deu provimento ao recurso interposto pela Advocacia-Geral da União e cassou a decisão liminar proveniente da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF. Para o relator, a decisão recorrida gerava grave “risco à ordem pública, segurança e ordem administrativa”, e interferia de maneira “absolutamente sensível” na separação dos Poderes ao usurpar competência exclusiva do Poder Executivo. Ainda, acerca das delações premiadas utilizadas para embasar o pedido de suspensão da nomeação, o desembargador frisou representarem “tão-somente o início de eventual persecução criminal, não constituindo uma condenação criminal por si só” e que seriam apurados durante o regular processo, não havendo razão para manutenção do afastamento de Moreira Franco do cargo ao qual havia sido nomeado³²⁶.

Poucas horas depois, entretanto, outra decisão, desta vez proveniente da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Macapá/AP, voltou a suspender os efeitos da nomeação de Moreira Franco. Nos autos da Ação Popular nº 0000562-60.2017.4.01.3100, o magistrado também fez menção à semelhança com o caso de Lula e apontou estar convencido de que o ato de Temer objetivou blindar Moreira Franco contra eventual decreto de prisão por parte de juízes de primeiro grau de jurisdição, o que revelaria desvio de finalidade e atentaria contra os princípios da Administração Pública³²⁷.

³²⁵ BRASIL. 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF. Ação Popular nº 0006349-43.2017.4.01.3400. Relator: Juiz Federal Eduardo Rocha Penteado. Brasília, 08 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2017.

³²⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Pedido de Suspensão de Liminar em Ação Popular nº 0000092-17.2017.4.01.0000. Relator: Desembargador Federal Hilton José Gomes de Queiroz. Brasília, 09 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2017.

³²⁷ BRASIL. 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Macapá/AP. Ação Popular nº 0000562-60.2017.4.01.3100. Relator: Juiz Federal Anselmo Gonçalves da Silva. Macapá, 09 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Macapá, 2017.

Para além disso, a decisão interlocutória consignou insatisfação com a recriação do ministério e “para piorar ainda mais esse ato” a nomeação “para essa nova pasta o Senhor Moreira Franco logo após seu nome ter sido citado 34 (trinta e quatro) vezes na delação premiada de Cláudio Melo Filho, ex-vice-presidente de Relações Institucionais da Odebrecht”. Nesta linha, restaria configurado o desvio de finalidade a justificar o deferimento do pedido de liminar para suspender a eficácia do ato de nomeação³²⁸.

Uma decisão advinda da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ reforçou o óbice ao exercício do encargo ministerial por Moreira Franco. A magistrada – que também havia apreciado questionamento judicial da nomeação de Lula – grifou os dizeres “SOU COMPETENTE. Doa a quem doer, custe o que custar, não vou trair a Constituição que jurei fazer cumprir”³²⁹. Apesar de que, pelas regras processuais vigentes, a competência do juízo da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ fosse questionável, não se aprofundará a questão por não ser o foco deste trabalho.

Em suas razões de decidir, a magistrada consignou que os elementos apresentados nos autos conduziam à conclusão de que o ato de Temer visava blindar Moreira Franco de eventuais investigações conferindo-lhe foro privilegiado, a atentar contra o princípio da moralidade administrativa e configurar desvio de finalidade. Por isso, e considerando a conduta de Temer uma “traição” aos brasileiros “que hoje encontram-se indignados e perplexos ao ver o seu Presidente, adotar a mesma postura da ex-Presidente impedida e que pretendia também, blindar o ex-presidente Luiz Ignácio Lula da Silva”, determinou a “sustação e ou anulação” do ato³³⁰.

Em meio às decisões contraditórias na Justiça Federal, o que “pacificou” a questão, assim como no caso de Lula, foi uma decisão do Supremo Tribunal

³²⁸ BRASIL. 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Macapá/AP. Ação Popular nº 0000562-60.2017.4.01.3100. Relator: Juiz Federal Anselmo Gonçalves da Silva. Macapá, 09 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Macapá, 2017.

³²⁹ BRASIL. 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ. Ação Popular nº 0013857-51.2017.4.02.5101. Relatora: Juíza Federal Regina Coeli Formisano. Rio de Janeiro, 09 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2017. O original contém grifos que foram ocultados na citação.

³³⁰ BRASIL. 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ. Ação Popular nº 0013857-51.2017.4.02.5101. Relatora: Juíza Federal Regina Coeli Formisano. Rio de Janeiro, 09 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2017.

Federal, proferida desta vez pelo Ministro Celso de Mello em análise ao Mandado de Segurança coletivo impetrado pelo Partido Rede Sustentabilidade, distribuído sob o nº 34.609. Passa-se, nas próximas páginas, a elencar os principais elementos destacados pelo relator.

4.3.1 Julgamento do Supremo Tribunal Federal do Mandado de Segurança nº 34.609.

Em 09 de fevereiro de 2017, antes da análise do pedido de medida liminar contido no Mandado de Segurança nº 34.609, o Ministro Celso de Mello solicitou pronunciamento preliminar do Presidente da República sobre a questão judicializada no prazo de 24 horas, o que foi cumprido pela Advocacia-Geral da União. Em seguida, em 14 de fevereiro, sobreveio decisão indeferindo o pleito cautelar do *writ* mandamental.

Apesar de refletir sobre o posicionamento de longa data do Supremo Tribunal Federal de não cabimento de Mandado de Segurança coletivo impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional para defesa de direitos difusos e registrar que o reconhecimento desta prerrogativa “em favor das agremiações partidárias, sem quaisquer restrições, culminaria por conferir a essas entidades a possibilidade de impugnam qualquer ato emanado do Poder Público, independentemente de seu conteúdo material” o que desvirtuaria “a finalidade jurídica do remédio constitucional ora utilizado no presente caso”³³¹, o Ministro relegou a questão a análise ulterior. O possível debate da Corte sobre o ponto, que seria bastante interessante, que acabou não ocorrendo em vista da perda superveniente do objeto da ação.

As ponderações para o indeferimento da medida liminar pretendida fundaram-se, sobretudo, na ausência de plausibilidade de que a investidura em cargo de Ministro de Estado – mesmo no contexto de Moreira Franco - configurasse desvio de finalidade e fosse hábil a obstruir investigações criminais.

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34609. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 14 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2017. O original contém grifos que foram ocultados na citação.

Para Celso de Mello, não há que se questionar a gravidade que representa o desvio de finalidade, “apto a contaminar a validade jurídica do ato administrativo, inquinando-o de nulidade”. Contudo, a sua configuração pressupõe a intenção deliberada de atingir objetivo vedado pelo ordenamento jurídico ou desalinhado ao interesse público, propósito este que não pode ser presumido, “sob pena de subversão o dos postulados referentes à presunção de legalidade, de veracidade e de legitimidade de que se reveste todo e qualquer ato emanado da Administração Pública”³³².

Assim, o ônus probatório recai sobre a quem imputa ao Poder Público a prática desviante, o que não foi exercido a contento pelo impetrante do Mandado de Segurança. Em verdade, as meras elucubrações e conjecturas a embasar os pleitos não se prestam a afastar a presunção de legitimidade que cobre os atos administrativos, devendo “prevalecer, por tal razão, sobre as afirmações em sentido contrário, quando feitas sem qualquer apoio em base documental idônea que possa infirmar aquela presunção jurídica”³³³.

Para o relator, o ponto essencial foi que “a nomeação de alguém para o cargo de Ministro de Estado, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 87 da Constituição da República, não configura, por si só, hipótese de desvio de finalidade (que jamais se presume)”, na medida em que “a prerrogativa de foro (...) não importa em obstrução e, muito menos, em paralisação dos atos de investigação criminal ou de persecução penal”³³⁴.

Ainda, aprofundando a inexistência de salvo-conduto decorrente do foro por prerrogativa de função pelo exercício de cargo ministerial, o relator destacou que “o Ministro de Estado, ainda que dispondo da prerrogativa de foro ‘*ratione muneris*’, nas infrações penais comuns, perante o Supremo Tribunal Federal, não receberá qualquer espécie de tratamento preferencial ou seletivo”. Mais do que isso, que “a prerrogativa de foro não confere qualquer privilégio de ordem pessoal a quem dela

³³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34609. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 14 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2017. O original contém grifos que foram ocultados na citação.

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34609. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 14 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2017. O original contém grifos que foram ocultados na citação.

³³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34609. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 14 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2017. O original contém grifos que foram ocultados na citação.

seja titular”. Inclusive, neste ponto, no que se poderia atribuir a uma tentativa de desmistificação do foro por prerrogativa de função ao público leigo, o Ministro Celso de Mello também elencou atos de persecução penal a que está sujeito um Ministro de Estado, igualmente a qualquer outro cidadão, a exemplo de i) atos pré-processuais, como o inquérito policial e/ou o procedimento de investigação penal instaurado pelo Ministério Público; ii) indiciamento pela Polícia Judiciária; e iii) prisão cautelar, como a prisão preventiva, e condução coercitiva³³⁵.

Em vista do indeferimento da medida liminar, a Rede interpôs Agravo Regimental, mas com a exoneração de Moreira Franco do último cargo ministerial que ocupou no governo de Temer, em 31 de dezembro de 2018³³⁶, restou inviabilizada a análise do recurso por estar prejudicado o Mandado de Segurança em decorrência da perda superveniente do objeto.

4.4 O CASO DA QUASE-MINISTRA CRISTIANE BRASIL.

Em 03 de janeiro de 2018 Michel Temer nomeou a Deputada Federal Cristiane Brasil (PTB/RJ) para o exercício do cargo de Ministra de Estado do Trabalho³³⁷. A posse estava prevista para a tarde de 9 de janeiro, mas não chegou a se concretizar.

Anteriormente à nomeação para a pasta, Cristiane Brasil foi demandada em duas ações trabalhistas por, supostamente, não assinar a carteira de trabalho de dois motoristas que lhe prestavam serviços e submetê-los a jornadas de trabalho exaustivas. Na primeira delas, apesar da defesa da deputada de que o motorista "exercia tão somente trabalho eventual", que "não era e nem nunca foi seu empregado" e que se tratava de atividade "sem exclusividade e subordinação", Cristiane Brasil foi condenada ao pagamento de R\$ 60,4 mil em decisão que

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34609. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 14 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2017. O original contém grifos que foram ocultados na citação.

³³⁶ BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 02, edição de 01 de janeiro de 2019. Brasília, DF, 2019.

³³⁷ BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 02, edição de 04 de janeiro de 2018. Brasília, DF, 2018.

transitou em julgado³³⁸. Na segunda ação, com causa de pedir similar à primeira, foi firmado um acordo entre as partes, no valor R\$ 15 mil³³⁹.

Por isso, a notícia de sua nomeação causou a antipatia de alguns setores da sociedade e culminou na judicialização do ato presidencial, novamente a despeito do cumprimento dos requisitos objetivos do artigo 87 da Constituição Federal. Ao todo, foram ajuizadas 09 Ações Populares: i) 0001786-77.2018.4.02.5102, distribuída à 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Niterói/RJ; ii) 0001900-19.2018.4.02.5101, distribuída inicialmente à 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ; iii) 0001775-09.2018.4.02.5115, distribuída inicialmente à 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Teresópolis/RJ; iv) 0502878-70.2017.4.02.5101, distribuída inicialmente à Vara Federal da Subseção Judiciária de Magé/RJ; v) 0001763-95.2018.4.02.5114, distribuída à Vara Federal da Subseção Judiciária de Magé e posteriormente cancelada por ser idêntica à 0502878-70.2017.4.02.5101; vi) 0001778-91.2018.4.02.5105, distribuída inicialmente à 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Nova Friburgo/RJ; vii) 0002219-78.2018.4.02.5103, distribuída inicialmente à 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Campos dos Goytacazes/RJ; viii) 0002411-69.2018.4.02.5116, distribuída diretamente à 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Niterói/RJ, por dependência à Ação Popular nº 0001786-77.2018.4.02.5102; ix) 0500583-23.2018.4.02.5102, distribuída diretamente à 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Niterói/RJ, por dependência à Ação Popular nº 0001786-77.2018.4.02.5102.

As 06 primeiras acima indicadas foram ajuizadas por membros do ou ligados ao Movimento da Advocacia Trabalhista Independente (MATI)³⁴⁰ e continuam petições similares, a ponto de a Ação Popular nº 0001763-95.2018.4.02.5114 ter a distribuição cancelada por ser idêntica à Ação Popular nº 0502878-70.2017.4.02.5101, na qual já havia sido proferida decisão. Além disso, todas as demandas elencadas tinham em comum o fito de obstar a assunção do cargo por

³³⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Recurso ordinário nº 0010538-31.2015.5.01.0044. Relator: Desembargador Leonardo Dias Borges. Rio de Janeiro, 15 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2017.

³³⁹ BRASIL. 48ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro. Reclamação Trabalhista nº 0101817-52.2016.5.01.0048. Relator: Juiz do Trabalho Claudio Olimpio Lemos de Carvalho. Rio de Janeiro, 10 de abril de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2017.

³⁴⁰ Conforme se verifica do confronto entre os nomes dos autores das Ações Populares e dos membros da instituição, disponíveis em: <<http://mati.adv.br/quem-somos/diretoria/>>. Acesso em 12 jul. 2021.

Cristiane Brasil, sustentando, especialmente, a afronta ao princípio da moralidade administrativa, estampado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Neste contexto, em 08 de janeiro de 2018, foram proferidas 03 decisões liminares, sendo que duas delas indeferiram os pedidos de suspensão da eficácia do ato de nomeação de Cristiane Brasil e uma deferiu-o, impedindo a solenidade de posse.

A decisão que acatou o pedido de medida liminar proveio do Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Niterói/RJ, nos autos da Ação Popular nº 0001786-77.2018.4.02.5102. Para o magistrado, apesar da complexidade da questão, a concessão de medida liminar sem a oitiva dos réus se justificava pela gravidade dos fatos. Ademais, em seu entender, em que pese não compita ao Poder Judiciário, em respeito ao princípio da separação dos Poderes e sua relação com o exame do mérito administrativo, este mandamento “não é absoluto em seu conteúdo e deverá o juiz agir sempre que a conduta praticada for ilegal, mais grave ainda, inconstitucional, em se tratando de lesão a preceito constitucional autoaplicável”. Assim, considerando a reversibilidade da decisão, o magistrado ponderou tratar-se de “sacrifício de bem jurídico proporcional ao resguardo da moralidade administrativa, valor tão caro à coletividade e que não deve ficar sem o pronto amparo da tutela jurisdicional”³⁴¹.

As duas decisões que haviam indeferido anteriormente os pedidos de medida liminar provieram dos Juízos da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ e da Vara Federal da Subseção Judiciária de Magé/RJ. Na primeira decisão, proferida nos autos da Ação Popular nº 0001900-19.2018.4.02.5101, a magistrada foi enfática de que “é prerrogativa do Presidente da República a escolha dos indivíduos para composição do quadro de Ministros de Estado, inexistindo, em análise perfunctória, qualquer das hipóteses de lesividade de ato administrativo” no decreto presidencial de nomeação de Cristiane Brasil ao cargo. Aprofundando o entendimento, “o fato de uma pessoa ser Ré em ação trabalhista não indica que seja inapta para ocupar cargo público”, inclusive não encontrando óbice no artigo 87 da

³⁴¹ BRASIL. 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Niterói/RJ. Ação Popular nº 0001786-77.2018.4.02.5102. Relator: Juiz Federal Leonardo da Costa Couceiro. Rio de Janeiro, 08 de janeiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2018.

Constituição Federal, que dispõe sobre os requisitos que devem ser preenchidos pelos Ministros de Estado³⁴².

Por sua vez, o intuito dos autores seria claro de tentar invadir o âmbito da conveniência do ato administrativo, análise que cabe ao Poder Executivo, não ao Poder Judiciário. Em verdade, não obstante a insatisfação causada pela escolha de Cristiane Brasil para o Ministério do Trabalho, “esta não é flagrantemente ilegal, não podendo um Juiz se sobrepor à decisão que o próprio povo escolheu, já que o Chefe do Executivo foi eleito de forma democrática”. Em um exercício democrático, “cabe a esse mesmo povo, diante de fato que julgue inconveniente, sopesar as atitudes de seus eleitos, utilizando-se do voto para modificá-las”³⁴³.

Elementos semelhantes foram considerados para a não concessão de medida liminar no curso da Ação Popular nº 0502878-70.2017.4.02.5101. O Juízo da Vara Federal da Subseção Judiciária de Magé/RJ, em análise perfunctória, registrou que a inexistência de nulidade da nomeação, “visto que não há norma legal que vede a nomeação de Ministro do Estado e do Trabalho de pessoa que tenha sido condenada anteriormente em ação trabalhista, por mais inapropriado que tal possa parecer”³⁴⁴.

A Constituição Federal, ao tratar das qualidades exigidas de um Ministro de Estado, em seu artigo 87, exige apenas três características: que o nomeado seja maior de vinte e um anos, brasileiro e esteja no exercício de seus direitos políticos. Isto cumprido, “há discricionariedade do Presidente da República em escolher o nome que entenda mais adequado”. Assim, para a magistrada, apesar da inconveniência da nomeação de pessoa que já havia demonstrado despreço pelos direitos trabalhistas de terceiros para a chefia da pasta, ainda assim não caberia a um juiz interferir em temas afetos ao funcionamento de outro Poder. Isto, sobretudo, porque “a disfunção no funcionamento de um dos Poderes” não pode “ser substituída por decisões judiciais”. Se assim não fosse, “seria possível a impugnação

³⁴² BRASIL. 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ. Ação popular nº 0001900-19.2018.4.02.5101. Relatora: Juíza Federal Karina de Oliveira e Silva. Rio de Janeiro, 08 de janeiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2018.

³⁴³ BRASIL. 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ. Ação popular nº 0001900-19.2018.4.02.5101. Relatora: Juíza Federal Karina de Oliveira e Silva. Rio de Janeiro, 08 de janeiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2018.

³⁴⁴ BRASIL. Vara Federal da Subseção Judiciária de Magé/RJ. Ação Popular nº 0502878-70.2017.4.02.5101. Relatora: Juíza Federal Ana Carolina Vieira de Carvalho. Rio de Janeiro, 08 de janeiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2018.

de quaisquer nomeações por desafetos políticos ou por questões ideológicas, o que criaria grande insegurança na administração da coisa pública”³⁴⁵.

Em 09 de janeiro de 2018, mesmo após a decisão do Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Niterói/RJ que suspendeu da eficácia do ato de nomeação de Cristiane Brasil, nos autos da Ação Popular nº 0001775-09.2018.4.02.5115, em trâmite até então na 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Teresópolis/RJ, foi proferida outra decisão indeferindo o mesmo pedido de medida liminar. Nestes autos, a magistrada entendeu ser discricionário o ato escolha e nomeação de Ministros de Estado pelo Presidente da República e, pelo seu inerente juízo de conveniência e oportunidade, não passível de revisão pelo Poder Judiciário. Assim, uma vez que atendidos os requisitos constitucionais do cargo, não haveria espaço para a ingerência judicial, especialmente em cognição sumária³⁴⁶.

Por conta da decisão do dia anterior proferida pela 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Niterói/RJ, entretanto, a posse de Cristiane Brasil estava suspensa. A Advocacia-Geral da União, então, pugnou pela cassação da medida concedida na Ação Popular nº 0001786-77.2018.4.02.5102 por intermédio de Suspensão de Liminar, distribuída no Tribunal Regional Federal da 2ª Região sob o nº 0000114-14.2018.4.02.0000. Em decisão proferida ainda no dia 09 de janeiro de 2018, o vice-presidente da Corte, no exercício da presidência, indeferiu o pedido da União, por entender não estarem cumpridos no caso os requisitos estampados no artigo 4º da Lei nº 8.437/92 para a suspensão da execução de liminares contra o Poder Público. Para o desembargador, “a suspensão não é apta a adiantar, substituir ou suprimir exame a ser realizado na via judicial própria” e “os argumentos elencados, quanto à competência para escolher e indicar seus ministros, é matéria eminentemente de mérito”³⁴⁷.

Vale mencionar que a União e Cristiane Brasil interpuseram, também, recursos de Agravo de Instrumento, distribuídos sob os nº 00001323-

³⁴⁵ BRASIL. Vara Federal da Subseção Judiciária de Magé/RJ. Ação Popular nº 0502878-70.2017.4.02.5101. Relatora: Juíza Federal Ana Carolina Vieira de Carvalho. Rio de Janeiro, 08 de janeiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2018.

³⁴⁶ BRASIL. 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Teresópolis/RJ. Ação Popular nº 0001775-09.2018.4.02.5115. Relatora: Juíza Federal Tatiana de Oliveira Lavigne. Rio de Janeiro, 09 de janeiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2018.

³⁴⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Suspensão de Liminar nº 0000114-14.2018.4.02.0000. Relator: Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro. Rio de Janeiro, 09 de janeiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2018.

5.2018.4.02.0000 e 00001315-0.2018.4.02.0000, respectivamente. Em ambos os casos, os pedidos de suspensão da medida liminar deferida em primeira instância foram negados por, no entender do relator, não haver risco de dano grave e de difícil reparação que impedisse a espera pelo julgamento de mérito. Foram opostos Embargos de Declaração que restaram rejeitados ante a inexistência de omissão, obscuridade ou contradição³⁴⁸.

Da decisão de 09 de janeiro, a Advocacia-Geral da União formulou novo pedido de Suspensão de Liminar, desta vez ao Superior Tribunal de Justiça, distribuído sob o nº 2.340 ao Ministro Humberto Martins, vice-presidente, no exercício da Presidência da Corte. Antes de passar aos fundamentos da decisão do relator, cumpre registrar a existência de debate sobre a competência do STJ para apreciar o pedido da União, em vista da existência ou não de matéria constitucional, o que poderia ensejar a competência não do STJ, mas do STF – o que foi, posteriormente, argumentado e acatado no Supremo Tribunal Federal. O presente estudo, por sua vez, não pretende esmiuçar esta espécie de questão processual que rodeou a judicialização da nomeação de Cristiane Brasil, pelo que, registra-se desde já, não será abordada com muitos detalhes a discussão travada neste ponto.

Na análise, datada de 20 de janeiro de 2018 e que culminou no deferimento liminar do pedido da União de suspensão dos efeitos da liminar prolatada pela 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Niterói/RJ e mantida pelo Vice-Presidente no exercício da Presidência do TRF da 2ª Região, o relator anotou que as condenações em processos trabalhistas não seriam hábeis a impedir a assunção do cargo pela deputada, uma vez que, em síntese, não há vedação legal para tanto. Ainda, indicou que a questão posta traduzia clara insegurança jurídica e “a produção de danos à ordem econômica e à ordem pública”, na medida em que “a fiscalização do trabalho e a produção de diretrizes para o funcionamento do Ministério do Trabalho é tema imperioso”, sendo a pasta “crucial para o desenvolvimento econômico” e a “fixação

³⁴⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº **00001323-5.2018.4.02.0000**. Relator: Juiz Federal Vladimir Santos Vitovsky. Rio de Janeiro, 09 de janeiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2018 e BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº **00001315-0.2018.4.02.0000**. Relator: Juiz Federal Vladimir Santos Vitovsky. Rio de Janeiro, 09 de janeiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2018.

de óbices ou de entraves à sua regular operação induz graves riscos ao cotidiano da economia brasileira”³⁴⁹.

Diante disso, os autores da AP nº 0001786-77.2018.4.02.5102 demandaram a Reclamação nº 29.508 no Supremo Tribunal Federal, intentando o impedimento da posse de Cristiane Brasil. Em análise preliminar em 22 de janeiro de 2018 pela presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, o pleito foi parcialmente acolhido, com i) a cogitação de possibilidade de usurpação da competência do STF pelo STJ no julgamento da Suspensão de Liminar nº 2.340 e ii) a determinação de suspensão liminar do ato de posse até apreciação ulterior, após a juntada de informações e documentos por ambas as partes litigantes, vez que até aquele momento sequer era conhecido o inteiro teor da decisão do Superior Tribunal de Justiça³⁵⁰. A nova decisão do Supremo Tribunal Federal foi proferida em 14 de fevereiro. Nesta, a Ministra Relatora i) apontou que a discussão, em si, sobre a validade ou não do ato de nomeação de Cristiane Brasil não estava em análise, em vista da limitação do instrumento processual apresentado, mas apenas a garantia de “exercício da competência jurisdicional usurpada por outro órgão judicial”; ii) confirmou que o litígio se cingia à suposta afronta ao artigo 37 da Constituição Federal, vez que “o ato judicial questionado e que interfere na competência privativa do Presidente da República para nomear Ministros de Estado é aquele proferido pelo Juízo da Quarta Vara Federal de Niterói/RJ” cuja fundamentação foi, exclusivamente, em torno do princípio constitucional da moralidade administrativa”; e iii) sendo, portanto, discussão sobre matéria constitucional, a competência para a apreciação pertencia ao STF, não ao STJ, que usurpou-a quando da manifestação na Suspensão de Liminar nº 2.340, razão pela qual a Ministra cassou a “decisão proferida pela autoridade reclamada por manifesta incompetência” e determinou o encaminhamento dos autos da Suspensão de Liminar nº 2.340 ao Supremo Tribunal Federal para autuação e julgamento³⁵¹.

³⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar nº 2.340. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 20 de janeiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2018.

³⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 29.508. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 22 de janeiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2018.

³⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 29.508. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 14 de fevereiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2018.

Pondo fim à trama, em 22 de fevereiro de 2018, antes de uma decisão final do STF sobre o caso e após um acordo entre Temer e o partido de Cristiane Brasil³⁵², foi tornado sem efeito o decreto de nomeação da “quase-ministra”³⁵³.

4.5 PRECAUÇÃO OU OTIMIZAÇÃO?

Vermeule não oferece uma fórmula exata para classificação de decisões tomadas pelos legisladores e intérpretes constitucionais entre precaucionais e otimizadoras. Apesar disso, durante a distinção que faz entre os dois modelos de abordagem de riscos políticos – aqueles decorrentes da alocação do poder entre as instituições – elenca algumas características que fazem possível aplicação ao presente caso. Entende-se que sejam as seguintes: i) a *essência dos fundamentos* da decisão, se evitar um risco futuro e que pode ou não se concretizar (precaução) ou remediar um fato concreto que atenta contra a regularidade institucional e democrática (otimização) e ii) o *momento* da adoção da uma medida, se antes (precaução) ou depois (otimização) da materialização de um prejuízo.

Considerando estes dois pontos, pode-se dizer que as decisões que acataram pedidos de suspensão dos efeitos dos atos de nomeação de Ministros de Estado nos casos de Lula, Moreira Franco e Cristiane Brasil representam abordagens essencialmente precaucionais e trouxeram consigo problemas inerentes a esta forma de lidar com os riscos políticos. Por outro lado, há, dentre as manifestações judiciais acima analisadas e que indeferiram os pedidos de suspensão dos efeitos dos atos de nomeação, comandos que se alinham a uma visão mais otimizada dos riscos políticos.

4.5.1 Intervenções nas nomeações de Lula e Moreira Franco.

³⁵² RIBEIRO, Luci; ARAÚJO, Carla. Decreto anula nomeação de Cristiane Brasil como ministra do Trabalho. **Estadão**, 2018. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,decreto-anula-nomeacao-de-cristiane-brasil-como-ministra-do-trabalho,70002200920>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

³⁵³ BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 02, edição de 22 de março de 2018. Brasília, DF, 2018.

Nos casos de Lula e Moreira Franco, dado o contexto de investigação e nomeação em ação penal que os envolvia, o principal argumento que embasou os pedidos de suspensão dos efeitos de suas nomeações foi de que, com elas, se buscava lhes conceder foro por prerrogativa de função e não que os indicados auxiliassem os Presidentes da República na gerência das atividades de incumbência do Poder Executivo Federal. Isto, por sua vez, macularia um dos elementos do ato administrativo – a finalidade, que deve ser o bem público – e faria necessária a intervenção judicial para evitar a concretização da danosa estratégia intentada.

As decisões que deferiram os pedidos de suspensão dos efeitos das nomeações, inclusive aquela exarada pelo Ministro Gilmar Mendes no caso de Lula, entenderam pela plausibilidade de a conjuntura narrada nos autos indicar um desvio de finalidade nos atos presidenciais, o que justificaria as intervenções realizadas. À primeira vista, poderia parecer que, então, i) a manifestação judicial buscou reparar um ato danoso já *concretizado* e que feria a ordem pública – que seria o desvio de finalidade de um ato administrativo –; e ii) como tal, que ocorreu *após* a materialização do dano. Entende-se que não.

Substancialmente, o perigo tratado em ambos os casos não era o desvio de finalidade, mas que o foro privilegiado favorecesse de alguma maneira os pretensos Ministros de Estado. O desvio de finalidade acabou, de fato, sendo utilizado como embasamento jurídico para os pedidos, mas o que parece é que esta foi apenas a maneira encontrada para judicializar a questão, na medida em que, para postular em juízo, especialmente em casos com tanta comoção social, seria necessária a apresentação de fundamentos jurídicos minimamente plausíveis, não meras conjecturas e a expressão “desvio de finalidade” é um guarda-chuva que comporta incontáveis condutas.

Veja-se que a Constituição Federal, em seu artigo 87, parágrafo único, ao tratar das responsabilidades ministeriais, apresenta um rol de atribuições, quais sejam: i) na área de sua competência, orientar, coordenar e supervisionar dos órgãos e entidades da Administração federal 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; e iv) praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República. Contudo, as

Ações Populares, os Mandados de Segurança e as decisões judiciais não relataram aflição no sentido de que os nomeados, apesar de investidos de responsabilidades ministeriais, não cumpririam os deveres de seus cargos, estas realmente questões de interesse público.

Neste ponto, cumpre rememorar que os elementos dos atos administrativos estão estampados, na legislação brasileira, sobretudo no artigo 2º da Lei nº 4.717/65 que, nominalmente, elenca serem i) competência; ii) forma; iii) objeto; iv) motivo; e v) finalidade. No que tange ao desvio de finalidade, não há uma definição objetiva e uníssona. A mesma Lei nº 4.717/65, em seu artigo 2º, parágrafo único, “e”, apenas define o vício como a conduta que se “verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”³⁵⁴. Na doutrina, o seu significado varia entre a conduta configurada “quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir um fim diferente daquele que a lei fixou”³⁵⁵, pelo “uso indevido ou viciado que de suas atribuições faz a autoridade”³⁵⁶ e “quando a atuação do agente pretende alcançar finalidade diversa do interesse público”³⁵⁷.

Nos casos de Lula e Moreira Franco, por mais questionável o momento de sua nomeação para o cargo de Ministro de Estado, é difícil acreditar que o interesse público, fim último dos atos administrativos, não fosse atingido com o seu trabalho de auxílio à Presidência da República. Ambos os indicados possuíam, à época, vasta experiência política e, o mais importante, cumpriam os requisitos expressos no artigo 87 da Constituição Federal.

Ainda que não se entendesse dessa maneira, há também o ponto de que a fundamentação dos acionamentos e manifestações judiciais também não se cingiu ao suposto desvio de finalidade em si, mas a como o foro por prerrogativa de função *poderia* favorecer pessoalmente os investidos em cargos ministeriais. Ou seja, ainda que houvesse um possível vício em um dos elementos do ato administrativo, o verdadeiro receio que assombrou os peticionantes e magistrados foi o receio de

³⁵⁴ BRASIL. Lei nº 4.717/65, de 29 de junho de 1965. **Diário Oficial da União**: Poder Executivo Federal, Brasília, DF, 1965.

³⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 229.

³⁵⁶ JÚNIOR, José Cretella. **Do desvio de Poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 36.

³⁵⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 312

alteração no curso de investigações e julgamentos. E isto é visível nas decisões que deferiram pedidos de suspensão dos efeitos dos atos de nomeação.

No caso de Lula, as manifestações neste sentido podem ser extraídas tanto de decisões de primeiro grau quanto do Supremo Tribunal Federal, como se verifica i) na decisão proveniente da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Assis/SP, na análise da Ação Popular nº 0000447-89.2016.4.03.6116, fundada na suposta existência do interesse de interferir no resultado das investigações em andamento “através de ampla atuação ilícita consubstanciada em obtenção de informações privilegiadas para frustrar operações policiais, ocultação de provas, acionamento de possíveis influências em todas as esferas públicas políticas e jurídicas”³⁵⁸, e ii) nos Mandados de Segurança nº 34069 e nº 34070, em que o Ministro Gilmar Mendes pontuou que a “assunção de cargo de Ministro de Estado seria uma forma concreta de obstar” a possibilidade de “ser implicado em ulteriores investigações, preso preventivamente e processado criminalmente”³⁵⁹.

Relativamente a Moreira Franco, este posicionamento pode ser extraído do provimento judicial da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ, no bojo da Ação Popular nº 0013857-51.2017.4.02.5101, em que os fundamentos decisão que frisaram a “possibilidade de conferir foro privilegiado ao Senhor Moreira Franco” logo após a homologação de delação premiada “onde referido cidadão, é citado por mais de trinta vezes”. No âmbito e STF, por sua vez, tem-se que a decisão adotou um viés de otimização, não se podendo localizar este tipo de referência em seu conteúdo.

Isto nos leva ao momento em que estas decisões foram tomadas, que se entende ser, em ambos os casos, antes da concretização de um dano. Isto porque, considerando as fundamentações das manifestações judiciais, extrai-se que visavam impedir qualquer espécie de benefício – inclusive advindo de interferências em investigações – a que os nomeados pudessem dispor em razão do foro por prerrogativa de função. Como consequência lógica da intenção de “impedir”, seria objetivamente necessário que a medida ocorresse antes da materialização do

³⁵⁸ BRASIL. 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Assis/SP. Ação Popular nº 0000447-89.2016.4.03.6116. Relator: Juiz Federal Luciano Tertuliano da Silva. São Paulo, 18 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: São Paulo, 2016.

³⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandados de Segurança nº 34070 e 34071. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 18 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016.

evento danoso. Para além disso, verifica-se que em nenhum dos dois casos foi alegada a existência concreta de obstrução em investigações ou ingerência nos julgamentos de Lula e Moreira Franco por conta do foro por prerrogativa de função atrelada ao exercício de cargo ministerial, mas apenas um realizado um exercício de futurologia envolto em receios.

4.5.2 Intervenção na nomeação de Cristiane Brasil.

No caso de Cristiane Brasil, a fundamentação dos pedidos e decisões judiciais para sua não investidura no cargo de Ministra de Estado foi, em síntese, a ofensa ao princípio da moralidade administrativa. Aqui, cabe mencionar que, conforme minuciosamente detalhado pela Ministra Cármen Lúcia quando da segunda análise da Reclamação nº 29.508, para o reconhecimento de usurpação de competência do STF pelo STJ, apesar das menções existentes a dispositivos infraconstitucionais, a pedra angular para sustação dos efeitos de sua nomeação pelo Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Niterói/RJ foi o desrespeito ao referido princípio constitucional³⁶⁰.

O caso da quase-ministra representa um momento importante do ponto de vista teórico por se caracterizar como uma crescente da tomada de decisões políticas baseadas em princípios e não somente regras, justamente uma das bandeiras do neoconstitucionalismo. Como destacado no Capítulo II, por sua vez, o neoconstitucionalismo tem aproximações importantes com o constitucionalismo de precaução que permitem classificá-lo como uma teoria essencialmente precaucionaria.

A moralidade administrativa, conforme leciona Hely Lopes Meirelles, determina que, além da legalidade e conveniência, seja observada também a honestidade na emissão de atos administrativos, o que significaria a atuação zelosa quanto a padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé³⁶¹. Di Pietro ainda complementa esta visão exemplificando que licitude e honestidade são traços

³⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 29.508. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 14 de fevereiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2018.

³⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 84-86.

distintos entre Direito e moral, de modo que nem tudo o que é legal é honesto³⁶². Contudo, apesar das diversas e brilhantes definições existentes sobre a moralidade administrativa, nenhuma delas é capaz de dar um significado uno, específico e concreto ao princípio, pela sua própria natureza genérica e abrangente que serve de guia para a análise da legislação em sua integridade. E é justamente aqui que reside o problema do caso de Cristiane Brasil.

Por sua abstração, o princípio da moralidade administrativa permite interpretações variadas, a depender do contexto e de quem o interpreta. O nosso ordenamento jurídico não dispõe que a nomeação de Ministro de Estado que possua, em seu histórico, condenação criminal configure afronta à moralidade. Mais do que isso, aplicando a definição de que a moralidade representaria um agir balizado pela probidade, decoro e boa-fé, não é possível observar um desrespeito objetivo a qualquer destes elementos na conduta de Temer em 2018.

Não é demais registrar que a própria – e única – decisão de primeira instância que acatou o pedido de suspensão da nomeação de Cristiane Brasil, proveniente da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Niterói/RJ, nos autos da Ação Popular nº 0001786-77.2018.4.02.5102, não teceu grandes considerações sobre como estaria configurada a ofensa à moralidade administrativa, mesmo se tratando de um princípio de conteúdo abstrato e politicamente controvertido³⁶³. Consignou, sim, que, na interpretação daquele magistrado, haveria “fragrante desrespeito à Constituição Federal no que se refere à moralidade administrativa, em seu artigo 37, caput” na medida em que “se pretende nomear para um cargo de tamanha magnitude, Ministro do Trabalho, pessoa que já teria sido condenada em reclamações trabalhistas, condenações estas com trânsito em julgado”³⁶⁴. Contudo, não foi apresentada qualquer digressão sobre como a nomeação questionada afrontaria o espírito geral Constituição Federal.

De fato, a nomeação de uma pessoa condenada na esfera trabalhista para a gerência de Pasta ministerial sobre o tema não parece a opção mais agradável, mas

³⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

³⁶³ MEDEIROS, Isaac Kofi.; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Cristiane Brasil e principiologismo. **Juscatarina**, 2018. Disponível em: <<http://www.juscatarina.com.br/2018/02/23/isaac-kofi-medeiros-cristiane-brasil-e-principiologismo/>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

³⁶⁴ BRASIL. 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Niterói/RJ. Ação Popular nº 0001786-77.2018.4.02.5102. Relator: Juiz Federal Leonardo da Costa Couceiro. Rio de Janeiro, 08 de janeiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2018.

ainda assim não é possível indicar base normativa que a obste, especialmente em vista de que, repise-se, o artigo 87, *caput*, da Constituição Federal exige apenas três qualidades dos indicados a Ministros de Estado. Ora, ainda que Cristiane Brasil tenha sido demandada na Justiça do Trabalho, continuava objetivamente cumprindo os três requisitos constitucionalmente requeridos. Veja-se que, apesar das reiteradas afirmações realizadas pelos autores de 06 das 09 ações populares questionando a escolha de Temer de que a indicada não possuía expertise ou experiência nas competências da pasta e, menos ainda, boa reputação, o exercício do cargo não está restrito a quem cumpra estas características.

Mais do que isso, é difícil visualizar como um fato negativo no histórico pessoal de alguém possa objetivamente afetar a probidade, decoro e boa-fé na sua escolha para o desempenho de um cargo público. Isto faz crer, então, que, em que pese a moralidade administrativa não deva ser confundida com juízos de valor individuais, um toque de insatisfação se somou ao eventual receio de decisões ruins para a pasta do Trabalho – conjectura instigada tanto na petição inicial da Ação Popular nº 0001786-77.2018.4.02.5102 quanto da Reclamação nº 29.508 – e foi intensificada pela precariedade e reversibilidade da medida liminar, culminando na suspensão dos efeitos da nomeação de Cristiane Brasil pela 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Niterói/RJ. Frisa-se principalmente esta decisão porque foi, em última análise, o grande óbice entre a quase-ministra e sua posse no cargo designado por Temer. Este intento de potencialmente evitar o perigo de decisões negativas ou, no pior dos cenários, satisfazer um desejo pessoal de modificação da decisão política adotada por considerá-la um mau exemplo, por sua vez, configura a abordagem precaucional de riscos de segunda ordem.

4.5.3 Os (d)efeitos do constitucionalismo de precaução atrelados à ingerência na nomeação de Ministros de Estado brasileiros.

Retomando os problemas do constitucionalismo de precaução retratados por Vermeule apresentados no Capítulo II, tem-se que são: i) a futilidade, representada pelo não cumprimento das finalidades a que se despõem as precauções fixadas; ii) o prejuízo, decorrente da criação ou exacerbação de riscos paralelos; iii) a

perversidade, que indica a exacerbação do próprio risco que se pretende evitar; e iv) a desnecessidade, que preconiza que eventuais danos podem ser objeto de apreciação posterior, sem a necessidade de gastos em vão. Rememore-se, também, que Vermeule não indica que todos os referidos reveses se materializarão quando adotada uma medida precaucional, mas que, em alguma medida, poderão ser observados um ou alguns deles.

No caso das suspensões de efeitos das nomeações de Ministros de Estado acima retratadas, parece que a futilidade é o defeito do constitucionalismo de precaução presente de forma mais branda. Isto porque as decisões judiciais foram cumpridas pelo Poder Público e os cargos não foram exercidos pelos indicados – no caso de Cristiane Brasil, sequer houve tomada de posse – enquanto existente determinação do Poder Judiciário que o impedisse. Apesar disso, mesmo com uma manifestação do STF suspendendo os efeitos da nomeação de Lula por Dilma em razão do alegado desvio de finalidade para concessão de foro por prerrogativa de função, no ano seguinte Temer indicou Moreira Franco em uma circunstância que levou a novos questionamentos judiciais pelo mesmo motivo. O posicionamento de precaução não impediu que ato semelhante fosse praticado no exterior das ações que cercavam Lula, o que indica, de certa forma, que o direcionamento dado pelo Poder Judiciário não foi de todo acatado.

Nesta mesma linha, inclusive, ainda se pode tomar como exemplos as nomeações de Romero Jucá para Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão³⁶⁵, Gueddel Vieira Lima para Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Governo³⁶⁶ e Henrique Eduardo Lyra Alves para Ministro de Estado do Turismo³⁶⁷, mesmo sendo, à época, investigados no bojo da Operação Lava Jato, assim como Lula, o que implicaria na concessão, a si, de foro por prerrogativa de função. As referidas nomeações também foram objeto de judicialização, isto nos autos da Ação Popular nº 0031294-51.2004.4.01.3400, que tramitou perante a 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF e perdeu o objeto após a exoneração de

³⁶⁵ BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 02, edição de 12 de maio de 2016. Brasília, DF, 2016.

³⁶⁶ BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 02, edição de 12 de maio de 2016. Brasília, DF, 2016.

³⁶⁷ BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 02, edição de 12 de maio de 2016. Brasília, DF, 2016.

Romero Jucá em 23 de maio do mesmo ano³⁶⁸ e da Ação Popular nº 5003841-35.2016.4.04.7104, da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Passo Fundo/RS, arquivada por falta de impulso processual pelo autor.

As justificativas para isso são variadas. Não se pode desconsiderar que as decisões no caso de Lula, de fato, não vinculavam terceiros alheios àqueles processos, nem que não há lei que expressamente impeça a nomeação de pessoa investigada ou mencionada em ação penal para cargo de Ministro de Estado, de modo que os Presidentes da República, ao menos pelo texto conjugado dos artigos 84 e 87 da Constituição Federal, poderiam indicar um rol muito amplo de pessoas para a função. Além disso, pode-se sustentar a sutil diferença existente entre o momento processual em que ambos os escolhidos por Dilma e Temer se encontravam – a investigação já em curso contra Lula ainda não existente contra Moreira Franco, como consignado pelo Ministro Celso de Mello na análise do Mandado de Segurança coletivo nº 34609³⁶⁹ – ou ainda, como simplesmente defende Vermeule, a ausência de compatibilidade entre incentivos para que a conduta não seja praticada³⁷⁰.

O segundo problema do constitucionalismo de precaução, por sua vez, se afigura bem delineado. Ao customizar a política com seu juízo de aceitável e inaceitável, o Poder Judiciário acabou por abrir uma caixa de pandora. É bem verdade que, como abordado na Capítulo I, o Direito vem em uma crescente legitimação de maior atuação do Poder Judiciário no controle dos atos do Poder Executivo, no ímpeto de construir uma sociedade mais justa e democrática. Também é verdade que, como discorrido na abertura deste Capítulo III, item 4.1, o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado em questão que afetou, ressalvadas as diferenças, um Ministro de Estado antes dos casos de Lula, Moreira Franco e Cristiane Brasil. Entretanto, podem ser destacados ao menos três distúrbios colaterais às decisões destes últimos casos.

³⁶⁸ BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 02, edição de 24 de maio de 2016. Brasília, DF, 2016.

³⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34609. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 14 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2017.

³⁷⁰ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 54.

O primeiro dano colateral é um crescimento exacerbado do Poder Judiciário às custas do enfraquecimento do Poder Executivo, em um ciclo vicioso de descrédito à instituição representativa que, inclusive, contraria o próprio desejo constitucional de harmonia e independência entre os Poderes estampado no artigo 2º da Constituição Federal. A judicialização de questões políticas adiciona ao jogo mais um cenário de combate, no qual os argumentos jurídicos ou políticos disfarçados de juridicidade são apresentados a um jogador que, ao mesmo tempo em que não se submete às mesmas regras dos demais, toma decisões que os vincula³⁷¹.

Não se desconsidera o poder-dever de revisão judicial de atos que manifestamente atentem contra a legislação e de resposta às questões apresentadas ao Poder Judiciário. Também não se ignora que os atores políticos têm seu protagonismo na judicialização de questões políticas ao utilizar o Poder Judiciário³⁷² como arma política³⁷³ para i) intentar resultados favoráveis aos seus interesses que não foram alcançados pelos meios comuns de discussão e formação de maiorias parlamentares, ii) forçar a alteração de decisões políticas contrárias às suas convicções ou que lhes descontentam, iii) alterar o local de discussão de questões políticas espinhosas e controvertidas como estratégia para evitar reflexos negativos de seus posicionamentos na opinião pública³⁷⁴ e iv) aproveitando a solução jurídica imposta pelo ordenamento jurídico e os órgãos de controle, dispersar a responsabilidade política por suas decisões perante a população³⁷⁵.

A questão posta, ao invés disso, é o aproveitamento desta prerrogativa e das cada vez mais fluidas fundamentações de pedidos e decisões – a exemplo de um princípio cujo conteúdo é profundamente controverso, como a moralidade administrativa –, em grande medida impulsionadas pela expansão do neoconstitucionalismo, do ativismo judicial e da judicialização da política, para fazer

³⁷¹ FUKUYAMA, Francis. **Ordem e decadência**: da revolução industrial à globalização da democracia. Trad. Nivaldo Montiguelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2018, p. 470-471.

³⁷² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012, p. 29.

³⁷³ BRAND, Vanessa Bussolo. Judicialização do Poder Executivo: uma análise da intervenção na indicação de ministros de estado no período 2016-2018. In: OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de Oliveira; DUTRA, Delamar Volpato; MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira (Orgs.). **Ensaio sobre constitucionalismo político**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2019, p. 194.

³⁷⁴ HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, mai. 2009, p. 165.

³⁷⁵ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 106.

as vezes de magistrado-administrador e impor suas próprias convicções de conveniência e oportunidade sobre as de quem foi escolhido pela coletividade³⁷⁶, em um processo eleitoral democrático, para a função de tomador de decisões desta espécie³⁷⁷. No processo de reiterada submissão das escolhas dos administradores públicos a um magistrado, o último passa a, de certa forma, ser um tutor externo que desacredita a capacidade de quem está à frente do Poder tutelado, o que pode ocorrer tanto com o Poder Executivo, como nos casos em estudo, quanto com o Poder Legislativo³⁷⁸.

Há muito, aliás, as políticas públicas representam um assunto habitual nos tribunais. De fornecimento de remédios à ordem de prioridades no manejo de recursos públicos pelos municípios, o rol de questões atinentes ao Poder Executivo postas à apreciação judicial parece expandir a cada ano. Ao mesmo tempo em que se pode considerar uma contribuição do Poder Judiciário para fazer cumprir os direitos assegurados na Constituição Federal³⁷⁹, que não são meramente ilustrativos³⁸⁰, o Poder Executivo, verdadeiro responsável pela organização e planejamento das atividades do Estado sofre equivalente redução da sua liberdade de atuação.

E não há nada que indique que um Poder Judiciário agigantado, a judicialização da vida³⁸¹ e a transferência do local de tomada de decisões políticas³⁸² conduzam a melhores escolhas. Na verdade, para além da inexistência de evidência de que os juízes sejam mais aptos à tomada de decisões políticas do que os

³⁷⁶ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. Tradução de Adauto Vilela. *In: Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

³⁷⁷ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de.; MOURA, Suellen. Judicialização da Política e Poder Legiferante: a ilegitimidade da interferência do Supremo Tribunal Federal na política nacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, vol. 23, n. 2, maio/ago, 2018, p. 485-486.

³⁷⁸ FUKUYAMA, Francis. **Ordem e decadência**: da revolução industrial à globalização da democracia. Trad. Nivaldo Montiguelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2018, p. 471.

³⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, Número Especial, Brasília, 2015, p. 27.

³⁸⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 66.

³⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

³⁸² VALLINDER, Torbjorn. A judicialização da política: um fenômeno mundial. *In: MOREIRA, Luiz (Org.). Judicialização da Política*. 1. ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 15.

membros das outras instituições³⁸³, ainda se corre o risco de semear ou nutrir o autoritarismo – pela ausência de limites – em uma instituição que sequer pode ser controlada pelos cidadãos; ao contrário do que acontece com os entes que dependem da legitimação popular para o exercício de um cargo. Em última análise, aliás, este autoritarismo se materializa desde o momento em que um único magistrado, em uma decisão de 04 páginas determina, com fundamento em um princípio jurídico de conteúdo indefinido, a suspensão dos efeitos de uma decisão tomada por um representante político eleito por milhões de pessoas, sobre uma questão de administração de seu governo e em que todos os requisitos objetivos exigidos pela Constituição Federal foram cumpridos. Em uma conjuntura como esta, a opinião de uma única pessoa sobre uma escolha política se sobrepõe à de outras milhões, o que não é possível que se defina como democrático³⁸⁴.

O segundo dano colateral é a nutrição de uma desconfiança quanto ao próprio Poder Judiciário, mormente o Supremo Tribunal Federal e especialmente em contextos como o de Lula e Moreira Franco, em que a justificativa última das justificativas para as suspensões dos efeitos das nomeações era de que, com isso, os indicados passariam a dispor de foro por prerrogativa de função, na forma determinada pelo artigo 102, I, “c”, da Constituição Federal. A ideia de que um cidadão está “blindado” por conta de uma prerrogativa atrelada ao exercício de um cargo é extremamente depreciativa da dignidade do STF que, por esta espécie de argumentação, parece submissa às vontades do Presidente da República ao invés de autônomo em seus pronunciamentos por não precisar se conter por receio de represálias posteriores³⁸⁵, além de ser totalmente na contramão da segurança jurídica que é razoável que se espere da Corte.

Mesmo que não haja motivo para qualquer dúvida quanto à capacidade profissional e idoneidade do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de qualquer ação que lhe seja posta, o óbice ao exercício de um cargo político sob pretexto de possibilidade de interferência no curso de investigações e favorecimento

³⁸³ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 36.

³⁸⁴ WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. Tradução de **Adauto Villela**. In: **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

³⁸⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1049.

pessoal perante a Corte máxima de Justiça do país é, sem dúvidas, algo que macula a imagem perante o público. A ideia de que a instância em que um acusado será julgado modificará o resultado do processo é bastante preocupante, especialmente quando validada pela própria instituição julgadora. E se é ruim que o Poder Executivo seja esvaziado pela assunção de suas competências por outro órgão, quanto pior quando sobre este órgão são ratificadas dúvidas sobre sua imparcialidade e comprometimento com a aplicação da legislação.

Esta preocupação, inclusive, esteve presente na decisão do Ministro Celso de Mello que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos do ato de nomeação de Moreira Franco no Mandado de Segurança coletivo nº 34609. A análise do Ministro, que encerra uma abordagem mais otimizada dos riscos políticos ao consignar a inexistência de elementos fáticos, mas apenas conjecturas, que fizessem necessária a intervenção judicial, também consigna que i) não há plausibilidade nas afirmações de que a investidura em cargo que atraia foro por prerrogativa de função importará em obstrução ou paralisação de investigações ou, pior ainda, privilégio de ordem pessoal ao titular; ii) não há afronta ao juiz natural, vez que o Supremo Tribunal Federal exerce este papel e o Ministro de Estado está sujeito às mesmas medidas de restrição e de coerção, inclusive decretação de prisão preventiva que os demais cidadãos, além de suspensão cautelar do exercício do cargo ministerial; iii) e o Ministro de Estado pode ser submetido a investigação criminal instaurada pela Polícia Judiciária ou pelo Ministério Público perante o Supremo Tribunal Federal³⁸⁶.

O terceiro dano colateral, por sua vez, é o surgimento ou majoração de uma tensão entre os Poderes, criando uma batalha – velada ou nem tanto – que não é sadia para a estabilidade democrática e para a qualidade dos serviços prestados à população. Mais do que isso, abre margem para uma eventual ruptura social que pode, em um caso extremo, culminar em uma ditadura impulsionada pelas demasiadas amarras ao governo. Como leciona Vermeule, uma atuação muito restritiva sobre o Poder Executivo pode estimular que o povo, em um cenário em que

³⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34609. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 14 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2017.

mudanças necessárias não estejam ocorrendo por entraves judiciais, passe a tolerar muito mais decisões autoritárias³⁸⁷.

Aplicando esta questão aos casos objeto de estudo, chama a atenção especialmente a circunstância de necessidade de postergação de decisões políticas dos governos, travancadas durante o período de deliberação judicial. Cristiane Brasil teve o ato de sua nomeação tornado sem efeito em razão do longo período de espera de decisões judiciais, no qual não pode assumir a Pasta apesar do anseio de Temer em dar andamento em estratégias governamentais para a área. Uma conjuntura de maior agitação social, que exigisse a adoção rápida de estratégias pela indicada, somada a um chefe do Poder Executivo que se sentisse legitimado a passos mais rigorosos, poderia resultar em uma situação, no mínimo, delicada na relação entre as instituições.

No que tange ao terceiro problema apontado por Vermeule, é necessário um passo atrás para visualizar o conjunto. O argumento central para a fundamentação das concessões de medidas liminares para sustação dos efeitos dos atos de nomeação foi a afronta a previsões constitucionais. Até então, enquanto atentava-se exclusivamente às exigências contidas no artigo 87 da Constituição Federal, não haviam questionamentos sobre o respeito às leis por esta espécie de ato do Poder Executivo. A partir de 2016, entretanto, passou-se a experimentar uma crescente vertiginosa de ações com este objeto. Para além dos já abordados, pode-se citar a tentativa de impedir, antes mesmo da materialização dos atos, a nomeação de Ricardo Salles para o cargo de Ministro de Estado do Meio Ambiente³⁸⁸ e de Jorge Oliveira para Ministro de Estado da Justiça³⁸⁹. Fora do âmbito de Ministros de Estado, mas ainda de indicados do Presidente da República, não há como esquecer os casos do quase-diretor-geral da Polícia Federal³⁹⁰, do Presidente da Fundação

³⁸⁷ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 66.

³⁸⁸ AFFONSO, Julia. Ação popular quer barrar Ricardo Salles, condenado por improbidade, para Meio Ambiente de Bolsonaro. **Estadão**, 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/acao-popular-quer-barrar-ricardo-salles-condenado-por-improbidade-para-meio-ambiente-de-bolsonaro/>>. Acesso em: 17 jul. 2021.

³⁸⁹ COELHO, Gabriela. Deputado do PSOL tenta barrar nomeação de Jorge Oliveira na Justiça. **CNN**, 2020. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2020/04/27/deputado-do-psol-tenta-barrar-nomeacao-de-jorge-oliveira-na-justica>>. Acesso em: 17 jul. 2021.

³⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal Mandado de Segurança nº 37097. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 27 de abril de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2020. Sobre a questão, ver: OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; MEDEIROS, Isaac Kofi; BRAND, Vanessa Bussolo. Parem o experimento de judicialização já: por que a nomeação da Polícia Federal deveria ser

Palmares³⁹¹ e do Mandado de Segurança coletivo impetrado pelo PT no STF visando impedir que Temer, durante o período de exercício da Presidência da República, se abstinhasse de exonerar e nomear Ministros de Estado em geral³⁹².

Se se considerar que estas ações indicam atos que de fato ferem a Constituição Federal, então há que se concordar que o número de atos de nomeação de Ministros de Estado que afrontam leis constitucionais foi intensificado pelas decisões que pretendiam evitá-los. Para além disso e do subjetivismo judicial, a consignação da necessidade de uma abrangência de elementos sem conteúdo definido em atos até então bastante delimitados contribui para um aumento na tensão entre os Poderes e pode render atos de autoritarismo legitimados por esta espécie de exigência. Neste sentido, é interessante a reflexão de André Cyrino, de que a Administração Pública poderia, sob o pretexto de aplicar a Constituição, filtrar a interpretação da própria lei com base em princípios constitucionais flexíveis e contraditórios, pelo que o discurso da juridicidade poderia acabar concretizando uma menor vinculação do administrador e, portanto, em potenciais maiores abusos³⁹³.

Por fim, quanto ao quarto problema da judicialização das nomeações de Ministros de Estado enquanto ferramenta para controle de abusos de poder por parte do Poder Executivo, tem-se que o Estado Democrático de Direito dispõe de instrumentos para o controle posterior, sem que seja necessária tamanho desgaste e tensão contra um risco que, antes de se concretizar, assombra os intérpretes constitucionais apenas em suas imaginações. É realmente difícil imaginar uma conduta que pudesse ser praticada por um dos nomeados que não possua previsão de punição, na medida em que a obstrução de investigações criminais e atos

mantida. **Portal Jurídico Investidura**, 30 de abril de 2020. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/337841-parem-o-experimento-de-judicializacao-ja-por-que-a-nomeacao-da-policia-federal-deveria-ser-mantida>. Acesso em: 17 jul. 2021.

³⁹¹ BRASIL. 18ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Sobral/CE. Ação Popular nº 0802019-41.2019.4.05.8103. Relator: Juiz Federal Emanuel José Matias Guerra. Sobral, 04 de dezembro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2019.

³⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34196. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 11 de maio de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016.

³⁹³ CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 274, p. 175-208, jan/abr. 2017, p. 197. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/68746>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

atentatórios aos direitos trabalhistas possuem disposições punitivas próprias no ordenamento jurídico.

E, se o verdadeiro fundamento para as decisões não for de risco de dano, mas, de fato, de divergência de opinião sobre a adequação das nomeações pelos chefes do Poder Executivo, então o espaço para estas manifestações não é nos fóruns e tribunais³⁹⁴, mas nas ruas e nas urnas.

4.5.4 A nomeação de Ministros de Estado em uma perspectiva otimizadora.

Se, ao invés de uma postura de precaução, fosse adotada uma perspectiva de otimização das normas pelos intérpretes constitucionais nos casos das nomeações de Ministros, teríamos um cenário diferente no momento presente? É razoável supor que sim.

Ao explanar sobre a postura madura de abordagem dos riscos políticos – questão condensada no Capítulo II –, Vermeule registra que o constitucionalismo de otimização possui uma função negativa e recomenda um não fazer: a não adoção de medidas de precaução³⁹⁵ a menos que seja a melhor das opções disponíveis após uma ponderação séria e sem enviesamentos de todas as questões envolvidas³⁹⁶ e apenas para que se busque uma precaução ótima, não máxima³⁹⁷. A “postura madura” convida, então, a abandonar a dependência de um tutor externo sempre atento ao afastamento dos perigos existentes no caminho e a adotar medidas responsáveis com base em questões sérias, não em riscos fantasmagóricos.

Neste sentido, acredita-se que, em uma perspectiva otimizadora, o resultado da judicialização das nomeações de Ministros de Estado não contemplaria o acolhimento dos pedidos de suspensão dos efeitos das nomeações de Lula, Moreira Franco e Cristiane Brasil. Isto, seja pelos problemas acima relatados no item 4.5.3, que deveriam ser considerados antes de se optar pelo acatamento dos pedidos de medida liminar – alguns destes danos colaterais bastante previsíveis, como o “efeito cascata” de judicialização de qualquer decisão do chefe do Poder Executivo Federal

³⁹⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979, p. 156.

³⁹⁵ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 85.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 24.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 77.

que cause algum desagrado –, seja pela ausência de autorização legal para tanto. Uma vez que os danos reversos que poderiam ser ponderados antes da acolhida dos pleitos de sustação dos efeitos dos atos administrativos se alinham em muito com os pontos trazidos no item anterior, não se revolverá a discussão neste tópico, mas apenas se ressalta que a maioria dos efeitos materializados era previsível e deveria ser considerada para a tomada de uma decisão de tamanha magnitude.

No que toca à ausência de autorização legal para a posição adotada pelos tribunais, da lição de Carl Schmitt se extrai que caberia ao legislador o papel de guardião último de todo o direito, garantidor da ordem existente e fonte de toda legalidade e a proteção contra a injustiça³⁹⁸. Neste sentido, a vontade do legislador, que se identifica com a vontade do povo, não poderia ser deixada para trás com fulcro em meros princípios jurídicos de conteúdo abstrato, independentemente do papel iluminista da jurisdição constitucional de “empurrar a história, quando ela emperra”³⁹⁹. Apesar de a Constituição Federal estipular em seu artigo 102 o dever de proteção, pelo Supremo Tribunal Federal, de suas disposições, é difícil, mesmo com muito malabarismo hermenêutico, encontrar uma interpretação que autorize, neste processo, a tortura das disposições expressas ou a criação legislativa irrestrita pelos membros da Corte para acomodar suas inclinações momentâneas e/ou pessoais sobre determinadas escolhas políticas de um outro Poder.

Na verdade, considerando a harmonia e independência entre os Poderes preceituadas pelo artigo 2º da Constituição de 1988 e que o Poder Executivo é o órgão constitucional que tem por função a prática de atos de chefia de Estado, de chefia de governo e de administração⁴⁰⁰⁴⁰¹, a ser exercido pelo Presidente da República, auxiliado por Ministros de Estado, a ingerência do Poder Judiciário na

³⁹⁸ SCHMITT, Carl. **Legality and legitimacy**. Durham & London: Duke University Press, 2004, p. 19.

³⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem o voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Editora Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 2017, p. 57-59.

⁴⁰⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 542-544.

⁴⁰¹ Elival da Silva Ramos, em sua obra *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 156-157, sustenta que o artigo 84, da Constituição de 1988, que trata das competências do Presidente da República, permite extrair que ao Poder Executivo brasileiro, além das funções de chefia de Estado, chefia de governo e administração – extraídas do conteúdo dos incisos II, VI, VIII, XI XXIII e XXV do referido dispositivo –, compete também a participação na função legislativa, por força do disposto nos incisos III, IV e V.

nomeação de quem ocupará os referidos cargos representa potencialmente uma forma de afronta à separação dos Poderes e, por consequência, às próprias disposições da Constituição. Sabe-se que, em uma concepção moderna, a separação de Poderes se funda na ideia de que haja uma divisão racional do exercício do poder estatal, de modo que sejam atribuídas funções a estruturas orgânicas independentes entre si, sendo vedada a estas estruturas a participação em funções estranhas à sua atividade⁴⁰². Tal ideia não exclui a possibilidade de que eventualmente haja um “compartilhamento interorgânico”⁴⁰³ entre as estruturas de Estado, com o qual um Poder exercerá uma função atípica, mas igualmente não prejudica a ideia de um núcleo essencial da função que não será passível de exercício senão pelo Poder competente⁴⁰⁴.

Este não parece, entretanto, ser o caso na nomeação de Ministros de Estado. Nas decisões que acataram pleitos de suspensão dos efeitos das indicações de quem ocupava o cargo de chefe do Poder Executivo Federal, o que se tem é a utilização de elementos com conceitos indeterminados de forma a justificar uma decisão discricionária do magistrado. Esta estratégia, na realidade, faz valer a vontade subjetiva do intérprete com amparo no desvio de finalidade e no princípio da moralidade administrativa que servem “como chaves-mestras para abrir todas as portas do ativismo”⁴⁰⁵, este último que surge como uma “solução messiânica que atribui a um dos poderes constituídos uma competência desmedida” e abre caminho para a discricionariedade e arbitrariedade judicial⁴⁰⁶.

Ao mesmo tempo, considerando que as divergências e controvérsias interpretativas são inerentes ao Direito e que, portanto “a resolução de controvérsias interpretativas é antes um ato de autoridade que um ato de convencimento”⁴⁰⁷,

⁴⁰² Elival da Silva Ramos, em sua obra *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 115.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 118.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, 118.

⁴⁰⁵ JORDÃO, Eduardo. Desvio de finalidade e ativismo judicial. *In*: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Wernerck; RECONDO, Felipe. **Onze supremos**: o supremo em 2016. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; Supra; Jota; FGV Rio, 2017, p. 111.

⁴⁰⁶ CONTI, Luiz Eduardo Lapolli. Controle principiológico da administração pública e ativismo judicial: uma análise da intervenção do judiciário nas nomeações do executivo para cargos políticos. *In*: OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de Oliveira; DUTRA, Delamar Volpato; MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira (Orgs.). **Ensaio sobre constitucionalismo político**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2019, p. 182.

⁴⁰⁷ SOARES, Guilherme. Controvérsias interpretativas entre Advocacia de Estado e Tribunais de Contas. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 8, p. 9-31,

verifica-se que, no que toca especificamente à escolha dos cidadãos que ocuparão cargos de Ministros de Estado, a Constituição Federal atribui privativamente ao Presidente da República esta competência. Esta limitação constitucionalmente estatuída parece suficiente para não deixar dúvidas de que a competência, neste ponto, não é compartilhada e integra o âmago das incumbências do Poder Executivo.

Isto faz ainda mais sentido quando se está aberto a compreender que a escolha em tela implica na seleção de pessoal para ocupar cargos públicos de gestão, que demandam a realização de opções tipicamente políticas e que não pode ser enfrentada a partir da interpretação de conceitos jurídicos abstratos, mas “selecionando os candidatos de acordo com a capacidade de implementar políticas públicas que possuam algum grau de legitimidade democrática”. Estressando a questão um pouco mais, se encontrará que a decisão final sobre a pessoa escolhida como ideal para um cargo essencialmente político pode, por vezes, ser avessa a princípios constitucionais como a impessoalidade, visto que “a opção sempre será o resultado de considerações sobre a afinidade política entre o indicado e a coalização política dominante”⁴⁰⁸.

Esta ausência de espaço para fundamentação objetiva das sustações dos efeitos dos atos de nomeação e a necessidade de recorrer a princípios sem conteúdo definido que possa ser dogmaticamente aferido torna a opção pela adoção de uma medida de precaução ainda mais grave. A criação legislativa efetuada para evitar um dano incerto e que poderia ser manejado a posterior com as ferramentas jurídicas disponíveis guia a um desequilíbrio desproporcional e até mesmo ilegítimo, na medida em que a Constituição Federal, apesar de não exigir uma reputação ilibada ou a isenta de processos para assunção de cargo ministerial, expressamente requer i) a harmonia entre os Poderes e ii) que as questões relativas ao

2017, p. 11. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2019-10/002controversiasinterpretativas2017.pdf>. Acesso em: 30/05/2021.

⁴⁰⁸ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; MEDEIROS, Isaac Kofi; BRAND, Vanessa Bussolo. Parem o experimento de judicialização já: por que a nomeação da Polícia Federal deveria ser mantida. **Portal Jurídico Investidura**, 30 de abril de 2020. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/337841-parem-o-experimento-de-judicializacao-ja-por-que-a-nomeacao-da-policia-federal-deveria-ser-mantida>. Acesso em: 17 jul. 2021.

preenchimento dos Ministérios de Estado sejam resolvida exclusivamente pelo Presidente da República.

Estas afrontas diretas ao texto constitucional sem sequer haver um problema efetivamente materializado certamente não se justificariam a partir de uma abordagem otimizada do risco político, pelo que é factível crer que o desfecho dos casos de Lula e Cristiane Brasil se aproximasse mais do desenrolar de Moreira Franco não fosse a abordagem precaucional. Ademais, a reflexão não enviesada nos casos das nomeações de Ministros de Estado poderia i) ter evitado a ingerência do Poder Judiciário em matéria eminentemente política, que gerou um efeito dominó de judicialização de decisões do chefe do Poder Executivo e abalou a relação entre os Poderes; ii) ter evitado, no caso de Lula, a fragilização da imagem do Supremo Tribunal Federal, ocorrida pela ratificação do ideário de que a instância que julga o processo criminal altera o resultado das investigações; e iii) no pior dos cenários, ter conduzido à penalização dos nomeados após verificação de tentativa de ato que afetasse a lisura dos processos penais em curso ou ao cometimento de crime na Pasta por inclinação pessoal.

Conforme assinalado por Vermeule, é difícil conceber um cenário de manejo de riscos de segunda ordem seja piorado⁴⁰⁹ pela priorização de uma escolha consciente e ponderada, que afaste demandas irrestritas de máxima segurança e proteção derivadas de fobias que não têm razão de ser. Os riscos sempre existirão, é natural da política e da vida em sociedade. O que não se deve naturalizar, entretanto, é a escravização por medos específicos, por mais gravosos que seus efeitos possam parecer, porque i) além de que a sua materialização é incerta, ii) é justamente a criação de precauções redundantes e robustas que pode acabar por majorar o risco-alvo ou, ao invés disso, criar tantos outros igualmente ou mais gravosos como, no caso da nomeação dos Ministros de Estado, o agigantamento do Poder Judiciário às custas de um enfraquecimento do Poder Executivo – alimentando o ciclo vicioso de judicialização da política e do ativismo judicial – e a majoração da tensão entre os Poderes. Certamente, nenhum destes danos colaterais é saudável à democracia brasileira, democracia esta que representa

⁴⁰⁹ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 77.

justamente um dos bens que o constitucionalismo de precaução se esforça para proteger⁴¹⁰.

O que se acredita, acima de tudo, é que não foi escolhida, na maioria dos casos, a melhor forma de manejo dos riscos políticos, mas, felizmente, os aprendizados do passado podem auxiliar na tomada de decisões mais acertadas no futuro, basta não se deixar cegar por obsessões e fobias.

⁴¹⁰ VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 09.

5 CONCLUSÃO

No Capítulo I, viu-se o curso de alterações da forma e intensidade de controle da Administração Pública, passando de um momento de inexistência de limites impostos à sua atuação, no Estado de Polícia, a um início de regulação no Estado Liberal de Direito e uma ascendência do controle surgindo e se fortalecendo a partir do Estado Social de Direito até o Estado Democrático de Direito. Viu-se também que o neoconstitucionalismo abriu espaço, juntamente com outros elementos, como o modelo intervencionista de Estado, o descrédito das instituições representativas e o sistema de controle de constitucionalidade, para a legitimação do ativismo judicial e da judicialização da política. Em realidade, a dissipação do neoconstitucionalismo em terras tupiniquins inicia um novo estágio no cenário de regulação das ações do Poder Executivo, inculcando um forte senso de poder-dever de interferência na atuação política e fornecendo as bases teóricas para aplicação direta das normas constitucionais pelos tribunais.

Enquanto o ativismo judicial indica uma postura proativa de interpretação constitucional, a judicialização da política simboliza uma postura passiva do Poder Judiciário, de manifestação a partir da processualização de questões políticas, morais e econômicas por outros agentes. Ambos os fenômenos, apesar de suas individualidades, têm por resultado prático um estreitamento da margem de discricionariedade da Administração Pública e, em certa medida, um esvaziamento das incumbências contidas no núcleo duro de atribuições do Poder Executivo, vez que sujeito às decisões muitas vezes subjetivas e que tendem à arbitrariedade dos magistrados sob o manto da proteção de direitos e garantias individuais e do óbice ao abuso de poder pelo administrador.

No Capítulo II viu-se que, apesar do grande número de teorias sobre o constitucionalismo, faltava uma teoria que as congregasse, trazendo unidade ao conjunto. Neste sentido, o Professor Adrian Vermeule formulou a teoria de que as constituições se prestam a regular riscos políticos. Também chamados de riscos de segunda ordem, esta espécie de risco decorre da alocação de poder pelas constituições entre as instituições e as autoridades e inclui desde a competência para tomada de decisões de gestão dos riscos de primeira ordem – como atos de

terrorismo, crises financeiras e catástrofes naturais – até ditadura e opressão de minorias.

Dando um passo além, Vermeule formula que os legisladores e intérpretes constitucionais têm diante de si dois grandes vieses de abordagem dos riscos políticos, denominados constitucionalismo de precaução e constitucionalismo de otimização. Quanto ao primeiro, refere-se à atividade que intenta evitar que os riscos decorrentes da política se materializem e causem possíveis danos. O constitucionalismo de precaução parte de pressupostos pessimistas de que haverá abuso de poder sempre que houver a possibilidade, as instituições expandirão seu poder sempre que puderem, após a materialização do risco pode ser tarde demais, há riscos políticos que, apesar de extremamente improváveis de se materializar, podem ter efeitos devastadores caso ocorram, são necessárias precauções devem ser redundantes e robustas e, simplesmente, devem ser evitados os riscos relacionados à política. Viu-se também que o neoconstitucionalismo se alinha à perspectiva precaucional de manejo de riscos políticos.

Apesar das boas intenções, o modelo precaucional de gestão de riscos peca especialmente porque as precauções são fúteis, prejudiciais, perversas e, mais essencialmente, porque eventuais danos podem ser remediados a posterior, caso realmente ocorram. Isto em vista, o modelo que o contrapõe é o constitucionalismo de otimização. A postura madura propõe que os riscos políticos sejam tratados a partir de observações sérias sobre as probabilidades envolvidas e sem se deixar cegar pela obsessão com certos riscos que assombram os legisladores e intérpretes constitucionais como fantasmas e, acima de tudo, que não se tente evitar os riscos, mas dele se tente tirar o melhor proveito possível. Em que pese as críticas quanto à sua abstração, o constitucionalismo de precaução tem como maiores virtudes o desvio de obsessões, o distanciamento de extremos e a flexibilidade legislativa, que tornam difícil que sua aplicação seja verdadeiramente prejudicial.

No Capítulo III expôs-se a fundamentação das principais decisões envolvendo a judicialização da nomeação de Lula, Moreira Franco e Cristiane Brasil a cargos de Ministros de Estado e, considerando a essência dos fundamentos e o momento da decisão, classificou-se os comandos judiciais que acataram os pedidos de suspensão dos efeitos das nomeações como precaucionais e as que entenderam de forma diversa como otimizadoras. A identificação de um viés precaucional

permitiu analisar os (d)efeitos do constitucionalismo de precaução que acompanharam as decisões brasileiras, contemplando os problemas da futilidade, prejudicialidade, perversidade e possibilidade de correção *ex post* de problemas concretos. Por fim, em uma análise a partir dos principais mandamentos do constitucionalismo de otimização, concluiu-se que a abordagem dos riscos políticos por este viés potencialmente renderia melhores resultados à estabilidade jurídico-democrática brasileira.

Por fim, do contexto do trabalho, a sugestão que parece emergir aos precaucionistas é de que o momento requer uma reflexão sobre as impensadas judicializações e alargamentos do campo de atuação dos tribunais, porque não se está oferecendo respostas satisfatórias às questões que reiteradamente surgem da política e, ao mesmo tempo, outros problemas estão sendo criados com a transposição do local que discussão e tomada de decisões do Poder Executivo ao Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Julia. Ação popular quer barrar Ricardo Salles, condenado por improbidade, para Meio Ambiente de Bolsonaro. **Estadão**, 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/acao-popular-quer-barrar-ricardo-salles-condenado-por-improbidade-para-meio-ambiente-de-bolsonaro/>>. Acesso em: 17 jul. 2021.

ARRUDA, José Robson de A. **História Moderna e Contemporânea**. São Paulo: Ática, 1978.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos Atípicos**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

AVANT, Deborah Denise. **Political Institutions and Military Change: Lessons from Peripheral Wars**. Ithaca: Cornell University Press, 1994.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 211, 1998.

BACHOF, Otto; WOLFF, Hans J.; STOBER, Rolf. **Direito Administrativo**. Vol. I. Tradução de António F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do Direito Administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem o voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro, Editora Fundação Getúlio Vargas, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, Número Especial, Brasília, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium** - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan/dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 22 jul. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDENDI, Luiz Felipe Ferrari. Ainda Existe o Conceito do Mérito do Ato Administrativo como Limite ao Controle Jurisdicional aos Atos Praticados pela Administração? *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. (Coords). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

BEDINELLI, Talita. Sérgio Moro levanta sigilo de investigação de Lula e põe Governo contra a parede. **El País**, 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/16/politica/1458168323_226711.html>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. São Paulo: Edijur, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRAND, Vanessa Bussolo. Judicialização do Poder Executivo: uma análise da intervenção na indicação de ministros de estado no período 2016-2018. *In*: OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de Oliveira; DUTRA, Delamar Volpato; MARTINS,

Argemiro Cardoso Moreira (Orgs.). **Ensaio sobre constitucionalismo político**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2019.

BRAND, Vanessa Bussolo. **Quem vigia o vigilante?** Uma análise judicialização do Poder Executivo brasileiro. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais:** a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL, Felipe Moura. DEM vai entrar com ações populares contra nomeação de Lula para ministério, caso o golpe se confirme. **Veja**, 2016. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/felipe-moura-brasil/dem-vai-entrar-com-acoes-populares-contranomeacao-de-lula-para-ministerio-caso-o-golpe-se-confirme/>. Acesso em: 12 jun. 2021.

BRASIL. 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Assis/SP. Ação Popular nº 0000447-89.2016.4.03.6116. Relator: Juiz Federal Luciano Tertuliano da Silva. São Paulo, 18 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: São Paulo, 2016.

BRASIL. 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Macapá/AP. Ação Popular nº 0000562-60.2017.4.01.3100. Relator: Juiz Federal Anselmo Gonçalves da Silva. Macapá, 09 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Macapá, 2017.

BRASIL. 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Teresópolis/RJ. Ação Popular nº 0001775-09.2018.4.02.5115. Relatora: Juíza Federal Tatiana de Oliveira Lavigne. Rio de Janeiro, 09 de janeiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2018.

BRASIL. 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF. Ação Popular nº 165425.42-2016.4.01.3400. Relator: Juiz Federal Itagiba Catta Preta Neto. Brasília, 17 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016.

BRASIL. 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Niterói/RJ. Ação Popular nº 0001786-77.2018.4.02.5102. Relator: Juiz Federal Leonardo da Costa Couceiro. Rio de Janeiro, 08 de janeiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2018.

BRASIL. 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ. Ação Popular nº 0013857-51.2017.4.02.5101. Relatora: Juíza Federal Regina Coeli Formisano. Rio de Janeiro, 09 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2017.

BRASIL. 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ. Ação Popular nº 0029114-53.2016.4.02.5101. Relatora: Juíza Federal Regina Coeli Formisano. Rio de Janeiro, 17 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2016.

BRASIL. 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF. Ação Popular nº 0019562-53.2016.4.01.3400. Relatora: Juíza Federal Luciana Raquel Tolentino de Moura. Brasília, 12 de abril de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016.

BRASIL. 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF. Ação Popular nº 0006349-43.2017.4.01.3400. Relator: Juiz Federal Eduardo Rocha Pentead. Brasília, 08 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2017.

BRASIL. 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ. Ação popular nº 0001900-19.2018.4.02.5101. Relatora: Juíza Federal Karina de Oliveira e Silva. Rio de Janeiro, 08 de janeiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2018.

BRASIL. 18ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Sobral/CE. Ação Popular nº 0802019-41.2019.4.05.8103. Relator: Juiz Federal Emanuel José Matias Guerra. Sobral, 04 de dezembro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**: Sobral, 2019.

BRASIL. 48ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro/RJ. Reclamação Trabalhista nº 0101817-52.2016.5.01.0048. Relator: Juiz do Trabalho Claudio Olimpio Lemos de Carvalho. Rio de Janeiro, 10 de abril de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2017.

BRASIL. Lei nº 4.717/65, de 29 de junho de 1965. **Diário Oficial da União**: Poder Executivo Federal, Brasília, DF, 1965.

BRASIL. Lei nº 12.016/09, de 07 de agosto de 2009. **Diário Oficial da União**: Poder Executivo Federal, Brasília, DF, 2009.

BRASIL. Medida Provisória nº 768, de 2 de fevereiro de 2017. **Diário Oficial da União**: Poder Executivo Federal, Brasília, DF, 2017.

BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 01, Edição Extra de 16 de março de 2016. Brasília, DF, 2016.

BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 02, edição de 01 de janeiro de 2019. Brasília, DF, 2019.

BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 02, edição de 03 de fevereiro de 2017. Brasília, DF, 2017.

BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 02, edição de 03 de março de 2016. Brasília, DF, 2016.

BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 02, edição de 04 de janeiro de 2018. Brasília, DF, 2018.

BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 02, edição de 12 de maio de 2016. Brasília, DF, 2016.

BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 02, edição de 14 de março de 2016. Brasília, DF, 2016.

BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 02, edição de 22 de março de 2018. Brasília, DF, 2018.

BRASIL. Poder Executivo Federal. **Diário Oficial da União**: Seção 02, edição de 24 de maio de 2016. Brasília, DF, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 145.918/DF. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, 10 de maio de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar nº 2.340. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 20 de janeiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.084. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 16 de fevereiro de 2000. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.534. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 15 de agosto de 2002. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.836. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 17 de novembro de 2005. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.295. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 10 de maio de 2007. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.574. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 16 de maio de 2007. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 388. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 09 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.595. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 07 de abril de 2010. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 33738. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 24 de agosto de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34196. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 11 de maio de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34609. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 14 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 37097. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 27 de abril de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandados de Segurança nº 34070 e 34071. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 18 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 29.508. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 14 de fevereiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 29.508. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 22 de janeiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 196.184. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 27 de outubro de 2004. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.928. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 06 de abril de 2010. **Diário da Justiça**: Brasília, DF, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 742.055. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 06 de agosto de 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 00001315-0.2018.4.02.0000. Relator: Juiz Federal Vladimir Santos Vitovsky. Rio de Janeiro, 09 de janeiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 00001323-5.2018.4.02.0000. Relator: Juiz Federal Vladimir Santos Vitovsky. Rio de Janeiro, 09 de janeiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Pedido de Suspensão de Liminar em Ação Popular nº 0000092-17.2017.4.01.0000. Relator: Desembargador Federal Hilton José Gomes de Queiroz. Brasília, 09 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Pedido de Suspensão de Liminar em Ação Popular nº 00019491-21.2016.4.01.0000. Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro. Brasília, 13 de abril de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Pedido de Suspensão de Liminar em Ação Popular nº 0014782-85.2016.4.01.0000. Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro. Brasília, 17 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Pedido de Suspensão de Liminar nº 0000114-14.2018.4.02.0000. Relator: Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro. Rio de Janeiro, 09 de janeiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Pedido de Suspensão de Liminar em Ação Popular nº 0003040-36.2016.4.02.0000. Relator: Desembargador Federal Reis Friede. Rio de Janeiro, 18 de março de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Recurso ordinário nº 0010538-31.2015.5.01.0044. Relator: Desembargador Leonardo Dias Borges. Rio de Janeiro, 15 de fevereiro de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2017.

BRASIL. Vara Federal da Subseção Judiciária de Magé/RJ. Ação Popular nº 0502878-70.2017.4.02.5101. Relatora: Juíza Federal Ana Carolina Vieira de Carvalho. Rio de Janeiro, 08 de janeiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**: Rio de Janeiro, 2018.

BRITO, Ricardo. Líder do PV no Senado entra com ação para barrar a nomeação de Lula para Casa Civil. **Estadão**, 2016. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,lider-do-pv-no-senado-entra-com-acao-para-barrar-nomeacao-de-lula-para-casa-civil,10000021610>. Acesso em: 12 jun. 2021.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Mandado de segurança coletivo, em defesa dos partidos políticos, associações, sindicatos, entidades de classe**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CASADO, Letícia et al. Temer usava aliados para fins pessoais, diz delator. **Folha de São Paulo**, 2016. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1840391-temer-usava-aliados-para-fins-pessoais-diz-delator.shtml>>. Acesso em: 01 jul. 2021.

COELHO, Gabriela. Deputado do PSOL tenta barrar nomeação de Jorge Oliveira na Justiça. **CNN**, 2020. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2020/04/27/deputado-do-psol-tenta-barrar-nomeacao-de-jorge-oliveira-na-justica>>. Acesso em 17 jul. 2021.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análises metateórico. *In*: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CONTI, Luiz Eduardo Lapolli. Controle principiológico da administração pública e ativismo judicial: uma análise da intervenção do judiciário nas nomeações do executivo para cargos políticos. *In*: OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de Oliveira; DUTRA, Delamar Volpato; MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira (Orgs.). **Ensaio sobre constitucionalismo político**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2019.

CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 274, p. 175-208, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/68746>>. Acesso em: 31 maio 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O controle de constitucionalidade. *In*: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Constituição, Política e Cidadania**: em homenagem a Michel Temer. Porto Alegre: Giw Editora Jurídica, 2013.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the constitution**. Liberty Fund: Indianapolis, 1982.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discrecionalidade técnica e discrecionalidade administrativa. *In*: CARLIN, Volnei Ivo (Org.). **Grandes temas de direito administrativo**: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi. Florianópolis: Conceito Editorial Millennium, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**: The Moral Reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**: A Theory of Judicial Review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Beauharnais versus Illinois**, 343 U.S. 250, 1952.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Dennis versus United States**, 341 U.S. 494, 1951.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Panhandle Oil Co. versus Mississippi ex Rel. Knox**, 277 U.S. 218, 1928.

FARIA, Edmundo Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FEREJOHN, John. Judicializando a política, politizando o direito. *In*: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Curso de derecho administrativo**. 6. ed. Madrid: Civitas, 1999.

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 2006.

FUKUYAMA, Francis. **Ordem e decadência**: da revolução industrial à globalização da democracia. Tradução Nivaldo Montiguelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2018.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (Coords.). **Direito administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GARAPON, Antonie. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 38, 1962. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112627>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

GLEZER, Rubens et al. Fora dos holofotes: estudo empírico sobre o controle da imparcialidade dos ministros do STF. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 58, 2021, p. 385-421. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1178/691>>. Acesso em: 20 abr. 2021

HAMILTON, Alexander. **Federalist no. 25**. The Same Subject Continued: The Powers Necessary to the Common Defense Further Considered. 1787. Disponível em: <<https://teachingamericanhistory.org/library/document/federalist-no-25/>>. Acesso em: 03 jun. 2021.

HARDIN, Russell. **Liberalism, Constitutionalism, and Democracy**. New York: Oxford University Press, 2003.

HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif**. Paris: Librairie du Recueil Général des Lois Et Arrêts, 1893.

HIRSCHMAN, Albert Otto. **The Rhetoric of Reaction: Perversity, Futility, Jeopardy**. 1. ed. Princeton: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

HIRSCHL, Ran. A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. *In*: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da política**. 1. ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política. *In*: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da política**. 1. ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, mai. 2009.

HOLMES, Stephen. Precommitment and the Paradox of Democracy. *In*: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). **Constitutionalism and Democracy**. New York: Cambridge University Press, 1988.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.

JORDÃO, Eduardo. Desvio de finalidade e ativismo judicial. *In*: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Wernerck; RECONDO, Felipe. **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; Supra; Jota; FGV Rio, 2017.

JÚNIOR, José Cretella. **Do desvio de Poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug et al. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

LEITÃO, Matheus. Lula sabia ou desconfiava que estaria sendo interceptado, diz Moro. **G1**, 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/blog/matheus-leitao/post/lula-sabia-ou-desconfiava-que-estaria-sendo-interceptado-diz-moro.html>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

LOIS, Cecília Caballero. Teoria constitucional e neoconstitucionalismo no limiar do século XXI: mudança política e aceitabilidade racional no exercício da função jurisdicional. *In*: LOIS, Cecília Caballero; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LEITE, Roberto Basilone (Coords.). **A constituição como espelho da realidade: interpretação e jurisdição constitucional em debate: homenagem a Silvio Dobrowolski**. São Paulo: LTr, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. **Curso de História do Direito**. São Paulo: Método, 2006.

MASCHLER, Michael; SOLAN, Eilon; ZAMIR, Shmuel. **Game Theory**. New York: Cambridge University Press, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MEDEIROS, Isaac Kofi.; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Cristiane Brasil e principiologismo. **Juscatarina**, 2018. Disponível em: <<http://www.juscatarina.com.br/2018/02/23/isaac-kofi-medeiros-cristiane-brasil-e-principiologismo/>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **De l'esprit des lois**. Vol. I. Paris: Garnier-Flammarion, 2005.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causa e consequências. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 16, p. 192-193, 2015. Disponível em: <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/642>>. Acesso em: 12 jul. 2021.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; FURLAN, Lorenzo Emanuelli. Do neoconstitucionalismo ao constitucionalismo da otimização: um estudo crítico do REsp 19392 PI – o caso da fraude à “cota de gênero”. In: OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de Oliveira; DUTRA, Delamar Volpato; MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira (Orgs.). **Ensaio sobre constitucionalismo político**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2019.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; MEDEIROS, Isaac Kofi; BRAND, Vanessa Bussolo. Parem o experimento de judicialização já: por que a nomeação da Polícia Federal deveria ser mantida. **Portal Jurídico Investidura**, 30 de abril de 2020. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/337841-parem-o-experimento-de-judicializacao-ja-por-que-a-nomeacao-da-policia-federal-deveria-ser-mantida>. Acesso em: 17 jul. 2021.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; MOURA, Suellen. Judicialização da Política e Poder Legiferante: a ilegitimidade da interferência do Supremo Tribunal Federal na política nacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, vol. 23, n. 2, maio/ago, 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais. In: **Prismas**: Direito, Políticas Públicas e Mundialização, Brasília, v. 5, n. 1, p. 83-84, 2008. Disponível em: <<https://publicacoes.uniceub.br/prisma/article/viewFile/569/494>>. Acesso em: 20 jul. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. **The Executive Unbound**: after the Madisonian Republic. New York: Oxford University Press, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Luci; ARAÚJO, Carla. Decreto anula nomeação de Cristiane Brasil como ministra do Trabalho. **Estadão**, 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,decreto-anula-nomeacao-de-cristiane-brasil-como-ministra-do-trabalho,70002200920>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

RICO, José Maria. **Las sanciones penales y la política criminológica contemporânea**. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 1979.

ROCHA, Marcelo; MACHADO, Renato; COLETTA, Ricardo Della. Moraes, do STF, manda prender deputado Daniel Silveira após ataques a ministros da corte. **Folha de São Paulo**, 2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/moraes-do-stf-manda-prender-deputado-daniel-silveira-apos-ataques-a-ministros-da-corte.shtml>>. Acesso em: 03 jun. 2021.

ROMAGNOSI, Giandomenico. **Génesis del derecho penal**. Traducción de González Cortina y J. Guerrero. Bogotá: Têmis, 1956.

SANDRONI, Paulo (Org.). **Novíssimo dicionário de economia**. Best Seller: São Paulo, 1999.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *In*: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

SCHAUER, Frederick. Free Speech: A Philosophical Enquiry. *In*: BLASI, Vincent. **Ideas of the First Amendment**. Thomson West (American Casebook Series), 2006.

SCHMITT, Carl. **Legality and legitimacy**. Durham & London: Duke University Press, 2004.

SOARES, Guilherme. Controvérsias interpretativas entre Advocacia de Estado e Tribunais de Contas. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 8, p. 9-31, 2017. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2019-10/002controversiasinterpretativas2017.pdf>. Acesso em: 30/05/2021.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 23, 1951.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. Voto relator na apelação cível nº 1.422. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 14. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1948.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2016.

SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

SILVA, Vasco Pereira da. **Para um Contencioso Administrativo dos Particulares**. Coimbra: Almedina, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. *In*: Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do Direito, 2009. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5137>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

STRECK, Lênio Luiz. Judiciário quer nomear ministros: sugiro para a Saúde um não fumante. **Conjur**, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-11/senso-incomum-judiciario-nomear-ministros-sugiro-saude-nao-fumante>>. Acesso em: 10 jul. 2021

STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao artigo 103. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

STRECK, Lênio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. especial, 2015.

SUSTEIN, Cass R. **Designing Democracy: What Constitutions Do**. New York: Oxford University Press, 2001.

SUSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Law and Leviathan: redeeming the administrative state**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2020.

TALEB, Nassim Nicholas. **The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable**. 2. ed. Random House, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O Mandado de Segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TURLEY, Jonathan. A Fox in the Hedges: Vermeule's Vision of Optimized Constitutionalism in a Suboptimal World. **University of Chicago Law Review**. Vol. 82, p. 517-572. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol82/iss1/16>>. Acesso em: 23 apr. 2021.

VALLINDER, Torbjorn. A judicialização da política: um fenômeno mundial. *In*: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política**. 1. ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

VERÍSSIMO, Marcus Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista Direito GV São Paulo**, vol. 4, n. 2, jul/dez, 2008.

VERMEULE, Adrian. **Law's abnegation**: from law's empire to the administrative state. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

VERMEULE, Adrian. Security and Liberty: Critiques of the Tradeoff Thesis. **Harvard Public Law Working Paper**. n. 11-19, 2011, p. 02. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1888334>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

VERMEULE, Adrian Vermeule. **The Constitution of Risk**. New York: Cambridge University Press, 2014.

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV São Paulo**. São Paulo, n. 8, jul/dez, 2008.

VON CLAUSEWITZ, Carl. **Vom Kriege**. Braunschweig: Ideenbrücke Verlag, 2016.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. Tradução de Adauto Villela. *In*: **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.