

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIA CONSTITUCIONAL

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos

Eloy Pereira Lemos Junior

Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-084-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

Frutos de estudos aprovados para o I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, realizado entre os dias 23 a 30 de junho de 2020, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos cujo encontro teve como tema CONSTITUIÇÃO, CIDADES E CRISE.

Na coordenação das apresentações do GT "TEORIA CONSTITUCIONAL I" pudemos testemunhar relevante espaço voltado a disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos, que compõem esta obra, reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas ao direito do trabalho, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Ricardo Silveira Castro traz em “(Re)Pensando a centralização da Federação no Brasil pós-1988: o impacto da judicialização dos conflitos federativos” um estudo que investiga a possibilidade do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro representar uma instância de veto nos conflitos federativos em favor das entidades subnacionais.

No artigo intitulado “A Mutação da Jurisdição Constitucional: o papel emergente do Supremo Tribunal Federal em meio à pandemia da Covid-19” as autoras Tatiane de Fátima da Silva Pessôa e Daniela Richter analisam o papel da jurisdição constitucional na sua função precípua de proteger os princípios, direitos e garantias asseguradas pela Constituição Federal frente às inovações legislativas e as demais atuações dos poderes estatais.

Em seguida, no artigo “Debates sobre o Pacto Federativo Brasileiro” ao autor Diogo Lopes Cavalcante discorre sobre a forma de Estado adotada pelo Brasil. Na sequência os autores Alexandre Walmott Borges, Luiz César Machado de Macedo, Sérgio Augusto Lima Marinho trazem o artigo “O Constitucionalismo Liberal Brasileiro e o tratamento do trabalho no campo: bases constitucionais e concretização infraconstitucional” que propõe-se à análise qualitativa da evolução das normas reguladoras do trabalho no campo.

No estudo proposto por Bruno Carvalho Marques Dos Santos, Bernardo Silva de Seixas, Anne Harlle Lima da Silva Moraes no artigo “Um breve panorama sobre as normas constitucionais que sustentam o ordenamento jurídico brasileiro”, tem-se o debate sobre a

única norma jurídica dotada de presunção absoluta de constitucionalidade, sendo por isso a única que não se submete ao controle de constitucionalidade.

Em “Afinal, quem deve ser o Guardião da Constituição?” o autor Valterlei Aparecido da Costa investiga as formas de garantia da Constituição e no artigo seguinte os autores Ana Luiza Novais Cabral e Sidiney Duarte Ribeiro questionam “Por que haveria no Brasil um sistema de revisão judicial superforte? A análise do controle de constitucionalidade e o protagonismo do poder judiciário”.

No artigo “A influência das Encíclicas Papais “Rerum Novarum” e “Centesimus Annus” no modelo do atual Estado Constitucional Brasileiro” foi o tema discorrido pelos autores Giovana Benedita Jaber Rossini Ramos e Galdino Luiz Ramos Junior.

O autor Victor Fernando Alves Carvalho apresenta o artigo “Constitucionalismo Dirigente e Estratégias de Reconhecimento: a judicialização da política na luta por estima social” que traz a reflexão de que a judicialização da política e a disputa pela interpretação constitucional se tornaram estratégias centrais de grupos minoritários na luta por reconhecimento e estima social. Em seguida o Constitucionalismo Moderno que surge a partir do século XVIII como movimento político, social e cultural após período de ruptura com o modelo tradicional de poder político é tratado no artigo de Alessandra Malheiros Fava da Silva “Constitucionalismo Moderno: Simbologia das Revoluções Liberais-Burguesas”.

Em “Crises Constitucionais e a sua superação” os autores Regis Canale dos Santos e Walkiria Martinez Heinrich Ferrer estudam a possibilidade jurídica da mutação constitucional e a teoria da dupla revisão como forma da superação da crise. Já no texto “O Debate entre H. L. A. Hart e Ronald Dworkin: Como os Juizes decidem os casos difíceis?”, Márcio Alves Figueira vem demonstrar o interpretativismo como corrente filosófica adequada para a resolução dos casos difíceis.

Érica Lene da Silva Santos traz o artigo “O mito da cordialidade brasileira e a cultura da (im)parcialidade no Brasil: contrapontos e colóquios” com o objetivo pontuar sobre o “homem cordial”, da obra Raízes do Brasil, de Sérgio Buarque de Holanda, e a influência desta característica na construção da sociedade brasileira, especialmente quando se relacionada a (im)parcialidade do Poder Judiciário.

O autor Valterlei Aparecido da Costa apresenta do artigo “Emenda à Constituição: um estudo sintático-normativo” e o autor Diogo Lopes Cavalcante discorre sobre os “Fundamentos para a Declaração Parcial de Inconstitucionalidade sem redução do texto”.

Em seguida temos dois artigos de tratam do Poder Constituinte. “O Poder Constituinte Derivado como função atípica do Poder Judiciário” de Marcelo Agamenon Goes de Souza, Valter Foletto Santin e Everson Aparecido Contelli e “O Poder Constituinte e a reinterpretção dos limites de gastos com pessoal” de Saulo Marques Mesquita.

No artigo “O Processo de criação de Municípios e os possíveis impactos nas Políticas Públicas decorrentes da extinção desses entes municipais” os autores Maria Aparecida Alves, Dalvaney Aparecida de Araújo e Rogério Batista de Araújo Netto cuidam da PEC 188/2019 que traz propostas como a de extinguir Municípios de até cinco mil habitantes que não tenham uma arrecadação dos impostos municipais maior que 10% sobre o total da receita.

Por fim, a “Separação de Poderes e Jurisdição Constitucional: uma breve análise da sustação da Posse de Alexandre Ramagem e do Ex-Presidente Lula pelo Supremo Tribunal Federal” é tema do artigo de Denis William Rodrigues Ribeiro e “A Inclusão Social da Pessoa com Deficiência por meio de um novo modelo de Administração Pública” é tratada por Lucas Emanuel Ricci Dantas e Ricardo Pinha Alonso.

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior

Universidade de Itaúna

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos

Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

Universidade Nove de Julho

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Teoria Constitucional apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Teoria Constitucional. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

SEPARAÇÃO DE PODERES E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA BREVE ANÁLISE DA SUSTAÇÃO DA POSSE DE ALEXANDRE RAMAGEM E DO EX-PRESIDENTE LULA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

SEPARATION OF POWERS AND CONSTITUTIONAL JURISDICTION: A BRIEF ANALYSIS OF ALEXANDRE RAMAGEM AND EX-PRESIDENT LULA NOMINATION'S SUSPENSIONS BY THE SUPREME FEDERAL COURT

Denis William Rodrigues Ribeiro ¹

Resumo

Num momento em que se discute o mérito da decisão proferida pelo Min. Alexandre de Moraes, com a sustação da posse de Alexandre Ramagem, parece-nos mais relevante repensar os riscos que tal posicionamento traz à teoria da separação de poderes. Quando o STF se propõe a analisar o mérito de nomeações políticas e chega ao extremo de sustá-las torna-se possível refletir sobre a (in)suficiência da construção original da teoria de Montesquieu para dimensionar o problema. É aqui que reside o objeto de nossas preocupações. A separação de poderes é analisada a partir de decisões do STF.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional, Separação de poderes, Stf, Controle judicial, Ato administrativo

Abstract/Resumen/Résumé

The Supreme Court Justice Alexandre de Moraes's decision that suspended the appointment of Alexandre Ramagem is currently discussed. Nevertheless it seems more relevant to us to rethink the risks that such a position brings to the theory of the separation of powers though. The Brazilian Supreme Court is analyzing political nominations and eventually suspending them as well. As so, it becomes possible to reflect on the (in) sufficiency of the original construction of Montesquieu's theory. Thus, this is the object of our concerns. The separation of powers is assessed based upon STF decisions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional jurisdiction, Separation of powers, Supreme court, Judicial control over administration

¹ Especialista em Direito Público pela PUC-MG. Graduado em Direito pela USP. Aluno visitante na Queensland University of Technology (QUT) no programa Mobilidade Estudantil Internacional da USP, em Brisbane, Austrália. Advogado.

INTRODUÇÃO

A relação entre os Poderes da República há muito é objeto de intensos debates no ordenamento jurídico pátrio.¹

Observa-se que a persecução sobre a suficiência do arcabouço teórico da separação dos poderes, desenvolvido a partir dos pensadores modernos, tende a ser oportuna. Com ela, é possível refletir sobre o controle de atos administrativos políticos pelo judiciário e os efeitos daí decorrentes.

Um dos possíveis reflexos se traduz na (in)suficiência da construção moderna da separação dos poderes, mormente quando as fronteiras entre a política e o direito se tornam menos explícitas e mais rarefeitas, sobretudo no âmbito de decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF)².

Nesse contexto, embora o controle de atos administrativos de elevado cunho político seja raro, o STF é pródigo no julgamento de casos concretos recentes que em tudo evidenciam os limites da jurisdição constitucional e a autonomia do executivo.

Por exemplo, note-se que em 18 de março de 2016, o Min. Gilmar Mendes suspendeu a eficácia da nomeação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, no então governo da ex-presidente Dilma Rousseff.³

Outrossim, em 29 de abril de 2020, o Min. Alexandre de Moraes, também em caráter cautelar, suspendeu a nomeação e posse de Alexandre Ramagem Rodrigues para o cargo de Diretor Geral da Polícia Federal,⁴ indicado pelo atual Presidente da República Jair Bolsonaro.

¹ Veja-se nesse sentido: MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, University of São Paulo, São Paulo, 2008. GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. **De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 2008. PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, n. 4, p. 13-44, 2008. GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, n. 17, p. 75-106, Nov. 2001.

² REALE, Miguel. **Política e Direito**. Editora Saraiva, 2017.

³ A decisão se deu no âmbito da medida cautelar em mandado de segurança n. 34070/DF (MC 34070/DF).

⁴ Decisão monocrática proferida pelo Min. Alexandre de Moraes no Mandado de Segurança n. 37.097/DF que suspendeu a eficácia do Decreto de 27/4/2020 (DOU de 28/04/2020), seção 2, p.1) no que se refere a nomeação e posse de Alexandre Ramagem Rodrigues para o cargo de Diretor Geral da Polícia Federal.

Conquanto existam diferenças, a questão subjacente é idêntica: a possibilidade de o Judiciário se imiscuir no mérito de atos de elevado caráter político.

Interessante é questionar até que ponto a construção tradicional do princípio da separação dos poderes dimensiona adequadamente a questão.

O problema que exsurge a partir dessa breve digressão e que aqui será brevemente abordado tangencia a relação o Poder Executivo e o Poder Judiciário e os eventuais reflexos que o controle das nomeações para cargos ou funções políticas impõe na separação dos poderes.

Certamente os questionamentos parecem estar longe de respostas definitivas⁵. Porém, não devem ser equiparados a meros *desacordos morais razoáveis*⁶, permeáveis a diversos posicionamentos sem que nenhum deles possa ser tratado como (in)correto.

OBJETIVOS

O presente estudo tem por escopo provocar reflexões críticas sobre os limites e possibilidades do princípio da separação de poderes, considerando o atual controle judicial das competências do Poder Executivo, especificamente no plano das nomeações para cargos e funções públicas, no âmbito da administração pública federal, por parte do Judiciário.

Não se buscará analisar se o STF poderia ou não exercer tal controle⁷, porquanto já se parte do princípio que este é efetivamente exercido, conforme se verá por meio dos votos colhidos os votos dos Ministros do STF nos mandados de segurança n. 34.070/DF e 37.097/DF.

Evidente que o mero exercício de tal controle por si só não o legitima, mas apenas se alerta para os limites do presente estudo cuja delimitação não contemplará o tópico. Igualmente, não é a intenção desse estudo realizar uma análise exaustiva do

⁵ ADEODATO, João Maurício; GUERRA FILHO, Willis Santiago; SARLET, Ingo Wolfgang. Adeus à separação de poderes. **Leituras complementares de direito constitucional-teoria da constituição. Salvador: Jus Podium**, v. 1, p. 283-292, 2009.

⁶ Tomamos emprestado a expressão utilizada pelo Min. Luís Roberto Barroso em: BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 18, n. 3, p. 864-939, 2014.

⁷ Em reportagem divulgada na Folha de São Paulo, em 01/05/2020, o professor Pedro Serrano da PUC-SP afirmou que o STF não poderia ter realizado o controle político do ato de nomeação de Ramagem para a Polícia Federal. Para ele, eventual amizade entre o Presidente e o nomeado não seriam óbices. As acusações de Sérgio Mora carecem de comprovação fática e o STF, finalmente, teria usurpado os limites da jurisdição constitucional. A notícia pode ser acessada no seguinte endereço eletrônico: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/stf-feriu-soberania-popular-ao-barrar-ramagem-diz-constitucionalista-ligado-a-esquerda.shtml>

tema proposto, objetivo que seria incompatível com os limites do espaço e do próprio expositor.

METODOLOGIA

Quanto a análise das decisões paradigma tratadas, erigiu-se a metodologia indutiva⁸ com o fim de se verificar as premissas adotadas pelo STF nos mandados de segurança analisados.

Em síntese, as premissas particulares analisadas foram os votos dos Ministros proferidos nos mandados de segurança n. 34070/DF e 37.097/DF.

Em razão da excepcionalidade do controle judicial de nomeações políticas realizadas pelo Presidente da República, a delimitação questão problema favoreceu a generalização da relação, no sentido de se identificar a forma pela qual o Supremo fomenta o controle judicial de indicações políticas por parte do Presidente da República.

Sem embargo, também se adotou a ampla análise e revisão bibliográfica relativa à separação dos poderes e ao controle de atos administrativos pelo Judiciário.

DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA

1. SEPARAÇÃO DE PODERES

1.1 Desenvolvimento histórico⁹

A administração apenas consubstancia sua vontade a partir de seus atos, sendo certo que a partir destes é que se exterioriza a vontade do rei ou do governante.

Historicamente, no âmbito do absolutismo monárquico o governo se dava a partir de atos do rei¹⁰, de modo que o estado se confundia na própria figura do Monarca.¹¹

⁸ Sobre a metodologia indutiva, veja-se: KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica**. Editora Vozes, 2016. MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. Saraiva Educação SA, 2009.

⁹ Para aprofundamento no desenvolvimento histórico sobre a separação dos poderes, sugere-se: BEÇAK, Rubens. A hipertrofia do executivo brasileiro: o impacto da Constituição de 1988. Campinas: Millennium, 2008. BEÇAK, Rubens. A separação de poderes, o Tribunal Constitucional e a "judicialização da política". **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 325-336, 2008.

¹⁰ AMES, José Luiz. A formação do conceito moderno de Estado: a contribuição de Maquiavel. **Discurso**, n. 41, p. 293-328, 2011.

¹¹ BURKE, Peter. **A fabricação do rei: a construção da imagem pública de Luís XIV**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2018.

No porvir histórico, nota-se que a elevada concentração de poderes não atendeu aos anseios da ascendente burguesia, que buscava maior poder de influência na condução das políticas de Estado, já nas primeiras luzes da modernidade.

Desejava-se transferir o poder, antes exclusivamente pautado na vontade soberana do Príncipe, ao povo.

Em acertada síntese, Luís Roberto Barroso demonstra que *“a soberania tem seu centro de gravidade no monarca. Com Locke e a Revolução Inglesa, ela se transfere para o Parlamento. Com Rousseau e as Revoluções Francesa e Americana, o poder soberano passa nominalmente para o povo, um abstração aristocrática-burguesa”*¹²

Ainda sobre a modernidade, vê-se que a revolução francesa, os anseios liberais da nascente burguesia¹³, o constitucionalismo norte-americano e, finalmente, o progresso econômico proveniente da revolução industrial britânica,¹⁴ foram determinantes para colmatar o cenário ideal para a perpetuação do princípio da separação de poderes.

Ainda que Atenas seja historicamente identificada como o precedente mais longínquo da limitação do poder político¹⁵, e sem embargo da Declaração do Rei João-sem-terra de 1215¹⁶, veja-se que é somente na modernidade que a doutrina da separação de poderes encontra terreno fértil para prosperar, mormente a partir dos contributos teóricos de alguns pensadores.

1.2 Pensadores modernos e principais doutrinas

No campo do direito, a separação funcional dos poderes pode ser compreendida a partir dos filósofos John Locke, Jean Jackes Rousseau e Charles de Montesquieu.

Importante mencionar, preliminarmente, que a contribuição inicial se deu com Aristóteles, quem definiu a separação a partir do poder consultivo competente

¹² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. p.37 editora saraiva, 2017.

¹³ VÁRNAGY, Tomás. **O pensamento político de John Locke e o surgimento do liberalismo**. 2009.

¹⁴ HOBSBAWM, Eric. **A era das revoluções: 1789-1848**. Editora Paz e Terra, 2015. HOBSBAWM, Eric. **A era do capital: 1848-1875**. Editora Paz e Terra, 2015.

¹⁵ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. p. 27, 2004.

¹⁶ HOLT, James Clarke et al. **Magna carta**. Cambridge University Press, 1992.

para declarar guerra, celebrar paz e editar leis; a jurisdição e o magistrado, lado outro, se encarregariam das demais funções.¹⁷

Em Locke, houve a distinção entre as funções de editar leis e a de aplicá-las, a fim de afastar a proposta inicial aristotélica, que não fazia tal diferenciação. Com efeito, houve elevado enaltecimento do Parlamento, algo que se reflete até os dias atuais em Westminster.¹⁸

Rousseau, por seu turno, insiste na ideia de Locke no sentido de que aqueles que fazem as leis não devem ser responsáveis por aplicá-las.

No entanto, a diferenciação aqui reside em a quem competiria a preponderância no caso de eventuais conflitos. Enquanto para Locke, a última palavra residiria no Parlamento com os representantes, Rousseau é peremptório em atribuir maior relevância ao povo representado.¹⁹

Por fim, é Charles de Montesquieu quem se arvora na paternidade da teoria da separação funcional dos poderes, em sua paradigmática obra *“Do espírito das Leis”*²⁰. Sua construção edificou-se no princípio da igualdade formal. Assim, *“sua teoria, obra de sistematização, centra-se na ideia de igualdade; sustenta a soberania popular, baseado no primado de que todos os homens são iguais”*²¹

Para além da contribuição teórica francesa e inglesa, vê-se que *“outra contribuição fundamental ao desenvolvimento do princípio em questão se deu por influência do constitucionalismo norte-americano, que concebeu a necessidade de desenvolvimento de mecanismos de freios e contrapesos”*.²²

A doutrina dos controles recíprocos (*checks and balances*)²³ torna-se relevante ao presente trabalho, na medida em que possibilita, ao menos em tese, o

¹⁷ LAGES, Cintia Garabini. Separação dos poderes: tensão e harmonia. **Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI**, n. 58, 2008.

¹⁸ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 89.

¹⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. P. 81.

²⁰ Sem embargo, resta o alerta do Professor Rubens Beçak: “Entretanto, ressalte-se que, apesar de sobejo, o que prevaleceu, primeiro na direta aplicação das teses de Montesquieu nas constituições liberais então elaboradas e, mais tarde, na copiosa doutrina que se formou, foi a ideia dogmática acerca da Teoria da Separação dos Poderes, algo que Montesquieu jamais pretendia”. Cf. BEÇAK, Rubens. **A hipertrofia do executivo brasileiro: o impacto da Constituição de 1988**. Campinas: Millenium, 2008

²¹ FARIA, Edimur Ferreira de. Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário. **Belo Horizonte: Fórum**, 2011, p. 41.

²² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. **Belo Horizonte: Fórum**, p. 165, 2012. p. 306.

²³ LA PORTA, Rafael et al. Judicial checks and balances. **Journal of Political Economy**, v. 112, n. 2, p. 445-470, 2004.

controle de um poder sobre o outro, a exemplo do que se vê a partir da sustação da nomeações do Presidente pelo STF, em que o Judiciário claramente controla e passa a interferir no Executivo.

A ideia nuclear é que se cada poder controlar seu par, ao menos em tese, nenhum deles sobrelevar-se-ia na qualidade de poder hegemônico.

Certo é que o conteúdo nuclear do princípio significa que *“as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíprocos entre eles, de modo a proteger indivíduos contra abuso de poderes absolutos”*.²⁴

Relevante mencionar, enfim, doutrina das funções típicas e atípicas. de modo Apesar de cada poder ser funcionalmente vocacionado ao exercício de uma determinada função, admite-se, eventualmente, o exercício de funções atípicas, mais afetas a esfera de competência dos demais²⁵.

Não se desconhece a adoção da separação dos poderes por parte da Constituição da República de 1988. No entanto, deve-se perscrutar a origem do tratamento do princípio no âmbito da história das constituições pátrias.

1.3 Uma breve passagem sobre as constituições brasileiras

A mera exegese do art. 2º da CRFB/888 é suficiente para se compreender que o constituinte originário houve por bem em adotar a teoria em toda sua completude e extensão, mas não só.

Como se vê no art. 60, §4º, III, CRFB/88. a Assembleia Constituinte foi mais além e erigiu o preceito a título de cláusula pétrea, impossível com projeto de emenda tendente a aboli-la, portanto.²⁶

²⁴ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional** um contributo para o estudo da sua origem e evolução. Coimbra: Coimbra ed. 1989, p. 26.

²⁵ Menciona-se por exemplo, a realização de licitação por parte do Poder Judiciário para contratação de uma banca de concurso para fins de provimento de serviços auxiliares. A realização de licitações consubstancia aplicação concreta da lei 8.666/93. Como é cediço, a aplicação das leis é tradicionalmente competência do Executivo e não do Judiciário, cujos desígnios sobrelevam função tradicional de pacificação social por meio de decisão judicial adjudicada, ou mais modernamente, mediante conciliação, mediação ou transações, no âmbito do Sistema Multiportas. Para aprofundamento no tema dos meios alternativos de resolução de conflitos, veja-se: GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. **Porto Alegre: Fabris**, p. 12-13, 1988. MENDES, Aluisio Gonçalves De Castro; DA SILVA, Larissa Clare Pochmann. Acesso à Justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth a partir do Brasil 40 anos depois. **Revistas ICDP**, v. 41, n. 41, 2016.

²⁶ Para correta compreensão da cláusula pétrea: LINARES QUINTANA, Segundo V. Tratado de la ciencia del derecho constitucional. **Argentino y comparado**, v. 2, 1953. p. 162. BULOS, Uadi

Sem embargo de tais considerações, deve-se ter presente que a adoção da separação dos poderes no constitucionalismo pátrio remonta formalmente à Carta Imperial de 1824.

O art. 9º da Constituição Imperial já indicava que “*a divisão e harmonia entre os poderes é princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos*”. Ao invés dos tradicionais três poderes, a constituição de 1824 consagrava quatro: Executivo, Legislativo, Poder Judicial e Poder moderador, conforme consta no art. 10.

Note-se, porém, uma apenas formal, visto que o Poder Moderador se arvorava na qualidade de poder hegemônico. Aliás, já salientava Pimenta Bueno que poder moderador “*é a suprema inspeção da Nação, é o alto direito que ela tem e que não pode exercer por si mesma, de examinar como os diversos poderes políticos, que ela criou ou confiou a seus mandatários são exercidos*”²⁷

Nesse contexto de hegemonia de um em relação a seus pares, a separação apenas se consubstanciou materialmente a partir da Constituição República, em 1891.

A extinção do poder moderador e a instituição de maiores garantias ao Judiciário, com criação do STF pelo Decreto n. 510, e com a instituição do controle de constitucionalidade, pelo Decreto 848 do Governo Provisório, estruturou o substrato necessário para a equalização das funções típicas entre os poderes da república²⁸.

Note-se que desde então, a previsão da separação dos poderes tem-se mantida incólume em todas as demais constituições até sua consagração, enquanto cláusula pétrea, pela primeira vez com a CRFB de 1988.²⁹

1.4 Contributo da doutrina atual e crítica

Em que pese à construção teórica tradicional tenha sido importante para a consagração do princípio da separação, a doutrina contemporânea, de fato, se debruça sobre eventuais limitações e insuficiências da construção clássica frente aos anseios contemporâneos.

Lammêgo. Dez anos de Constituição: em torno das cláusulas da inamovibilidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 217, p. 119-134, 1999.

²⁷ SÃO VICENTE, José Antônio Pimenta Bueno; KUGELMAS, Eduardo. **José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente**. Editora 34, 2002, p. 280.

²⁸ VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras**. Leya, 2012, p. 56.

²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das "cláusulas pétreas". **Revista de Direito Administrativo**, v. 202, p. 11-17, 1995.

Daniel Sarmiento alerta, por exemplo, que “*no constitucionalismo contemporâneo, a significativa mudança no papel do Estado, que passou a intervir de forma muito mais intensa nas relações sociais e econômicas, levou a uma crise no princípio da separação dos poderes*”.³⁰

Vê-se, assim, que a construção moderna não sobreviveu à contemporaneidade incólume. As transformações ideológicas, científicas e materiais do século XX³¹ conquanto não tenham significado a completa ruptura com a construção elementar, seguramente ao menos fomentaram sua reconstrução.

A contemporaneidade comporta-se como que alheia a todo e qualquer tipo de *fetichismo institucional*³², conforme expressão consagrada por Mangabeira Unger, de modo a se afastar construções hipertrofiadas da separação, as quais não seriam as mais propícias a tratar fenômenos atuais, a exemplo da constante judicialização da política, não raro, solucionada por meio de decisão judicial adjudicada.

Noutros termos, a política passa a ser judicializada e o Judiciário (sobretudo o STF) passa a dela tratar e nela interferir diretamente. Os exemplos ideais são os votos proferidos nos mandados de segurança n. 34.070/DF e 37.097/DF, conforme se verá.

Na busca por compreender tal fenômeno, que passa longe de uma questão exclusivamente brasileira³³, sustenta-se na atualidade que a razão de ser da separação dos poderes seria a própria democracia³⁴, sem a qual não haveria justificativa

³⁰ O autor prossegue: “Afim, conter ao máximo o Estado pode não ser a melhor estratégia, se o que se pretende não é o Estado mínimo absentista, mas sim poderes públicos que atuem energicamente em prol dos direitos fundamentais e interesses sociais relevantes. Porém, ao invés de simplesmente abandoná-lo, o novo constitucionalismo adotou leitura renovada do princípio da separação de poderes, aberto a arranjos institucionais alternativos desde que compatíveis com os valores que justificam tal princípio. Tais valores, por outro lado, foram enriquecidos por novas preocupações, que vão além da contenção do poder, envolvendo a legitimação democrática do governo, a eficiência da ação estatal e sua aptidão para a proteção efetiva dos direitos fundamentais” SOUZA NETO, op. cit., p. 306.

³¹ Para adequada compreensão da contextualização histórica do século XX e seus mais variados significados, veja-se: HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX**. Editora Companhia das Letras, 1995.

³² UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracy realized: The progressive alternative**. Verso, 1998.

³³ A doutrina norte-americana há muito se debruça sobre as possibilidades e limites da interferência do Judiciário nos demais poderes ou mesmo em políticas públicas. Veja-se, assim, o constitucionalismo popular que faz oposição ferrenha aos mandos e desmandos judiciais em matéria de controle de constitucionalidade: WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. OUP Oxford, 1999. TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton University Press, 2000.

³⁴ Sobre democracia, veja-se: BEÇAK, Rubens. Instrumentos de democracia participativa. **Manaus: CONPEDI**, p. 5932, 2008. BEÇAK, Rubens. **Democracia-Hegemonia e aperfeiçoamento**. Editora Saraiva, 2017. BEÇAK, Rubens. A separação de poderes, o Tribunal Constitucional e a "judicialização da política". **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 325-336, 2008.

suficiente para subsistência do princípio enquanto ideal autônomo, conforme compreensão de Bruce Ackerman³⁵.

O professor de Yale chega a tratar de um caráter dúbio do princípio da separação que “*pode servir (ou impedir) ao projeto popular de autogoverno*”. Entende que o princípio é complementar e subserviente aos ideais da democracia, das competências profissionais e da proteção e ampliação dos direitos fundamentais, sob pena de transvestir-se em instrumento da tirania.³⁶

Em conclusão parcial, ao menos aparentemente, observa-se que a visão moderna e tradicional não mais parece atender aos desígnios dos tempos atuais.

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O STF

2.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Observa-se, atualmente, uma crescente judicialização de praticamente todas as questões relevantes do país³⁷, a exemplo do que se viu no julgamento sobre os fetos anencefálicos (ADPF 54), marcha da maconha (ADPF 187), possibilidade de homeschooling (ADPF 194), judicialização da saúde, e outros infundáveis exemplos.

Para fins desta pesquisa, bastam as recentes decisões sobre as nomeações políticas realizadas por parte da então Presidente Dilma Rousseff, em 2016, e pelo atual Presidente Jair Bolsonaro, respectivamente, para Ministro da Casa Civil e para Diretor Geral da Polícia Federal, sendo estas as premissas particulares consideradas.

Nenhum dos nomeados tomou posse. Naquela oportunidade Luís Inácio Lula da Silva. Nesta, Alexandre Ramagem Rodrigues. Nos dois casos, a sustação da nomeação se deu em sede de medida cautelar monocrática³⁸. Passa-se a analisar, em breve síntese, os argumentos esposados nos votos dos ministros.

Conforme alerta inicial, não se buscará analisar se o STF poderia ou não exercer tal controle, porquanto se parte do princípio que tal controle já é efetivamente

³⁵ Para adequada compreensão do tema, veja-se: ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard law review**, p. 633-729, 2000.

³⁶ ACKERMAN, 2009, APUD SOUZA NETO, 2019, p. 306.

³⁷ Para compreender melhor a judicialização e os limites entre Direito e Política, veja-se: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. editora saraiva, 2017, p.440 a 486. BARROSO, Luís Roberto. "A judicialização da vida: e o papel do Supremo Tribunal Federal." Fórum, 2018.

³⁸ Sobre a possibilidade e os reflexos das decisões monocráticas no STF, veja-se: HARTMANN, Ivar Alberto Martins; DA SILVA FERREIRA, Lívia. Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 13, n. 17, p. 268-283, 2015.

exercido, conforme se verá por meio dos votos colhidos os votos dos Ministros do STF nos mandados de segurança n. 34.070/DF e 37.097/DF.

2.2 Primeira premissa: MS 34.070/DF. Voto do Ministro Gilmar Mendes.

No caso da sustação da nomeação do ex-presidente Lula para o cargo de Ministro de Estado pairava a suspeita de que *“a pessoa havia sido nomeada para o cargo de Ministro de Estado para deslocar o foro para o STF e salvaguardar-se contra eventual ação penal sem autorização parlamentar prevista no art. 51, I, da CF”*.³⁹

Para sustar o ato de nomeação, o Min. Gilmar entendeu que *“nenhum chefe do Poder Executivo em qualquer de suas esferas, é dono da condução dos destinos do país”*. Discorreu sobre o princípio da moralidade, afirmando que esta *“pauta qualquer ato administrativo, inclusive, a nomeação de Ministro de Estado, de maneira a impedir que sejam conspurcados os predicados da honestidade, da probidade, da boa-fé no trato da “res pública”*”.⁴⁰

Asseverou que a despeito de ser atribuição privativa do Presidente da República, *“o ato que visa o preenchimento de tal cargo deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais, mais notadamente os da moralidade e da impessoalidade”*.⁴¹

Por fim, após o reconhecimento da presença do *“periculum in mora”* e do *“fumus boni iuris”*, deferiu-se a liminar para *“suspender a eficácia da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva” para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil*”.⁴²

Note-se que a decisão não chegou a ser referendada pelo Plenário, diante da exoneração de Lula que sequer chegou a exercer o cargo de Ministro.⁴³

2.3 Segunda premissa: MS 37.097/DF. Voto do Ministro Alexandre de Moraes

³⁹ Trecho do voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes na medida cautelar em mandado de segurança n. 34.070/DF. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10545232.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Idem.

⁴² Idem.

⁴³ Veja a decisão no seguinte endereço eletrônico: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4948822>

Outrossim, na sustação da nomeação de Alexandre Ragem Rodrigues para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal, o Min. Alexandre de Moraes entendeu presentes indícios de interferência política na instituição, tendo como fundamento para tal conclusão, os fatos notórios evidenciados em entrevista coletiva do ainda então Ministro da Justiça Sérgio Fernando Mouro.

Segundo entendeu, a nomeação partiu do atual Presidente Jair Bolsonaro para fins de *“interferência política na instituição, no sentido de ter uma pessoa do contato pessoal dele, que pudesse ligar, colher informações, colher relatórios de inteligência”*⁴⁴

Na compreensão do Ministro, *“essas alegações teriam sido confirmadas, no mesmo dia, pelo próprio Presidente da República”* visto que *“também em entrevista coletiva, ao afirmar que por não possuir informações da polícia federal, precisaria todo dia ter um relatório do que aconteceu, em especial nas últimas vinte e quatro horas”*.⁴⁵

Para além das particularidades do caso concreto, note-se que os fundamentos jurídicos adotados por Alexandre de Moraes são semelhantes aqueles arrolados por Gilmar Mendes, já em 2016, para justificar a possibilidade de o judiciário interferir no ato de nomeação.

Quais sejam: (a) inexistência de prerrogativas por parte do Presidente da República, a despeito da competência constitucional privativa; e (b) vinculação dos atos administrativos aos princípios constitucionais explícitos da moralidade e impessoalidade, ambos previstos no art. 37, caput, CRFB/88.

Não por outro motivo, Moraes afirma que *“O estado de Direito exige vinculação das autoridades ao Direito, e, as escolhas e nomeações realizadas pelo Presidente da República devem respeito aos princípios constitucionais regentes da Administração Pública”*.⁴⁶

Em consequência de tal vinculação, ao judiciário seria reservada a prerrogativa excepcional de analisar os pressupostos fáticos do ato administrativo impugnado na via mandamental, de modo que o *“o STF, portanto, tem o dever de*

⁴⁴Trecho do voto proferido pelo Min. Alexandre de Moraes na medida cautelar em mandado de segurança n. 37.097/DF. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código D9CA-202C-280E-E812 e senha F4CF-8662-E739-F7C0

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Idem.

*analisar se determinada nomeação, no exercício do poder discricionário do Presidente da República, está vinculada ao império constitucional”.*⁴⁷

Note-se que em momento algum o Ministro pretendeu afastar o caráter discricionário da nomeação. Isto, de fato, não ocorre. Sem embargo, afirma-se a possibilidade, ainda que excepcional da análise da vinculação do ato aos princípios constitucionais regentes, mormente aqueles previstos no art. 37, *caput*.

Noutras palavras, tem-se como possível o controle do mérito administrativo por parte do Judiciário, ainda que em atos essencialmente políticos, visto que o caráter político do ato em nada interfere na sua necessária vinculação aos postulados da legalidade, impessoalidade e moralidade.

Assim, *“a opção conveniente e oportuna para a edição do ato administrativo presidencial deve ser feita legal, moral e impessoalmente pelo Presidente da República”.*⁴⁸

Finalmente, a medida liminar restou deferida para fins de suspender a eficácia do Decreto de 27/04/2020 (DOU 28/4/2020, seção 2, p.1) no que se refere à posse e nomeação de Alexandre Ramagem Rodrigues para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal.⁴⁹

2.4 Premissa geral: a realização do controle judicial do mérito das nomeações do Presidente por parte do STF

De ver-se que o STF, de fato, não se furta a realizar o controle judicial do mérito administrativo, ainda que relativo ao exercício de competências privativamente atribuídas ao Presidente da República. Ao menos, esta é a conclusão que se chega após a consideração, ainda que breve, dos mandados de segurança aqui analisados.

Veja-se que a competência para nomeação de Ministro de Estado encontra-se prevista no art. 84, inciso I, CF, ao passo que a competência para o provimento de cargos públicos federais reside no art. 84, XXV, CF. Daí seria possível inferir que o Presidente detém a prerrogativa pessoal da normação que em tudo se conforma ao seu juízo de oportunidade e conveniência.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Espera-se que a decisão seja levada a plenário, visto que o Presidente Bolsonaro se mostrou contrariado e, ao contrário do que se viu no MS de LULA, o Governo Federal não recuou.

Sem embargo, observa-se que tais previsões não seriam óbices ao controle jurídico das nomeações políticas, o que somente reforça a ideia já exposta aqui de que independentemente das críticas⁵⁰, de fato, o STF consubstancia o controle, ainda que em caráter excepcional.

É neste compasso que se conclui, a partir dos casos analisados, que o STF não se furta ao controle do mérito do ato administrativo, a despeito do caráter político deste como sói ser as nomeações provenientes do Presidente. Indubitavelmente, porém, tal proceder tem reflexos imediatos na separação dos poderes.

3. REFLEXOS DO CONTROLE DAS NOMEAÇÕES POLÍTICAS PELO STF À LUZ DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

As decisões do STF, conquanto bem fundamentadas, de fato impactam diretamente a relação entre os poderes.

Quando a maior autoridade executiva se vê limitada no exercício de suas competências institucionais, ao menos simbolicamente, o poder judiciário passa a ser o centro gravitacional em torno do qual orbitam os demais.

E isso gera um custo, senão político, ao menos teórico.

A construção moderna não parece suficiente para explicar o fenômeno. Não seria defensável, assim, que um determinado poder se imiscuisse nas competências dos demais chegando ao extremo de analisar a oportunidade e a conveniência de um ato cujo caráter político é de sua essência.

Não resta dúvida de que a discricionariedade pode ser controlada pelo judiciário, lição há muito ensinada pelos administrativistas. No entanto, quando a oportunidade e a conveniência passam a ser analisadas em conjunto com a moralidade, no âmbito de uma nomeação política, os riscos de exageros se multiplicam.

Não se está aqui dizendo que o STF deveria decidir desta ou daquela maneira, afinal o mérito das decisões passa ao largo dos objetivos deste trabalho.

⁵⁰ Sobre as críticas, limites e possibilidades do controle judicial do ato administrativo: DE MELLO, Celso Antonio Bandeira. O controle judicial dos atos administrativos. **Revista de direito administrativo**, v. 152, p. 1-15, 1983. CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, p. 61-76, 2009. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo**. São Paulo, SP: Editora Atlas, p. 169, 2010. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, v. 3, n. 12, p. 84-115, 2000.

Mas algo exsurge como certo: quando o Judiciário se propõe a admitir o controle judicial das nomeações do Presidente da República em cargos de primeiro escalão do governo federal e funções chave de estado faz-se pouco caso da construção teórica da separação de poderes. Ao menos, na versão tradicional moderna da separação

Aliás, a situação tende a rememorar a definição de Poder Moderador aqui referenciada pelas palavras de Pimenta Bueno.

Talvez, algumas releituras mais contemporâneas poderiam explicar o problema.

Bruce Ackerman, por exemplo, entende que a separação dos poderes deve ser ressignificada.⁵¹ Para ele, deve-se existir um “*Sistema de Integridade*” (*The Integrity Branch*)⁵² como indissociável de qualquer construção séria sobre o princípio.

Em síntese, buscar-se-ia estruturar uma repartição funcional vocacionada a evitar desvios e corrupções em suas mais variadas expressões⁵³, as quais eventualmente poderiam surgir no exercício das competências atribuídas a cada especialização funcional do poder.

Ao definir os contornos do princípio da moralidade, intuitivamente o Supremo passa a funcionar como algo próximo ao sistema de integridade referenciado por Ackerman, muito embora o professor de Yale deixe claro que tal competência refoge ao Judiciário.

Para ele, tal atribuição deveria ser exercida no âmbito de uma carreira própria e idealmente designada, com bons salários e proteção contra pressões legislativas.⁵⁴

⁵¹ A interessante construção de Ackerman perpassa a releitura da legitimidade democrática e a garantia dos direitos fundamentais. O autor analisa o Presidencialismo, o Parlamentarismo de Westminster, se debruça sobre diversas possibilidades teóricas e propõe um novo modelo de divisão funcional para os Estados Unidos, conforme se vê em ACKERMAN, op. cit., 2000.

⁵² Idem, p. 693.

⁵³ Veja-se nas palavras do autor: “*1. The Integrity Branch.* — I begin with a proposition so obvious that it almost rises to the dignity of a truism: Bureaucracy cannot work if bureau-cratic decisions are up for sale to the highest bidder. Nor can elected politicians be trusted to get serious about corruption. Even when they themselves do not share directly in the loot, a slush fund can often serve to grease the wheels of their electoral coalitions. But if this is so, shouldn’t a modern constitution devote a special article to creating a separate institution that seeks to check and balance these corrosive tendencies? Maybe not. A constitution, after all, is not an all-purpose tool for the solution of any and all problems on the constituent assembly’s wish list. Nonetheless, it is a mistake to view corruption as if it were just another social problem. A failure to control it undermines the very legitimacy of democratic government.” Idem, p. 691.

⁵⁴ Idem.

Assim, nem mesmo na visão de Ackerman o Judiciário poderia funcionar como *sistema de integridade*, porquanto este poder também deveria ser objeto de escrutínio.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, procuramos demonstrar que num momento em que muito se discute o mérito da decisão proferida pelo Min. Alexandre de Moraes, parece-nos mais relevante repensar os riscos que tais posicionamentos trazem à teoria da separação de poderes.

Isto porque a separação de poderes não foi erigida a título de cláusula pétrea por mero acaso. Buscou-se alinhar a especialização funcional de funções típicas e o exercício de atribuições atípicas de forma harmônica.

É certo que a compreensão da separação de poderes não é e nem poderia ser a mesma daquela própria dos idos da modernidade. Sem embargo, parece-nos necessário preservar, ao menos, algumas linhas essenciais teóricas, sob pena da completa descaracterização do preceito.

Não se deve impedir o judiciário de controlar o mérito do ato administrativo. Todavia, tampouco deve-se cercear o poder executivo no exercício regular de competências constitucionalmente a ele reservadas.

Parece-nos relevante que o princípio da moralidade não seja compreendido como um baluarte ao alvedrio do Poder Judiciário sob pena de sérias deturpações da separação dos poderes, seja em sua construção moderna seja na contemporânea.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. Harvard law review, p. 633-729, 2000

ADEODATO, João Maurício; GUERRA FILHO, Willis Santiago; SARLET, Ingo Wolfgang. Adeus à separação de poderes. Leituras complementares de direito constitucional-teoria da constituição. Salvador: Jus Podium, v. 1, p. 283-292, 2009.

AMES, José Luiz. A formação do conceito moderno de Estado: a contribuição de Maquiavel. *Discurso*, n. 41, p. 293-328, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. ed. Saraiva, 2017.

_____. *A judicialização da vida: e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Fórum, 2018.

_____. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. *Pensar-Revista de Ciências Jurídicas*, v. 18, n. 3, p. 864-939, 2014.

BEÇAK, Rubens. *A hipertrofia do executivo brasileiro: o impacto da Constituição de 1988*. Campinas: Millennium, 2008.

_____. *Instrumentos de democracia participativa*. Manaus: CONPEDI, p. 5932, 2008.

_____. *Democracia-Hegemonia e aperfeiçoamento*. Editora Saraiva, 2017.

_____. *A separação de poderes, o Tribunal Constitucional e a "judicialização da política"*. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 103, p. 325-336, 2008

_____. *A separação de poderes, o Tribunal Constitucional e a "judicialização da política"*. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 103, p. 325-336, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Dez anos de Constituição: em torno das cláusulas da inamovibilidade*. *Revista de Direito Administrativo*, v. 217, p. 119-134, 1999.

BURKE, Peter. A fabricação do rei: a construção da imagem pública de Luís XIV. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2018.

CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. Revista de Direito Administrativo, v. 251, p. 61-76, 2009

DA SILVA FERREIRA, Livia. Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo. Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), v. 13, n. 17, 2015

DE MELLO, Celso Antonio Bandeira. O controle judicial dos atos administrativos. Revista de direito administrativo, v. 152, 1983

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2010.

FARIA, Edimur Ferreira de. Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das "cláusulas pétreas". Revista de Direito Administrativo, v. 202, p. 11-17, 1995.

GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2008.

GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Cadernos de direito constitucional e ciência política, v. 3, n. 12, 2000.

GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, n. 17, p. 75-106, Nov. 2001.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins; DA SILVA FERREIRA, Livia. Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo. Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), v. 13, n. 17, p. 268-283, 2015

HOBBSBAWM, Eric. A era das revoluções: 1789-1848. Editora Paz e Terra, 2015.

_____ A era do capital: 1848-1875. Editora Paz e Terra, 2015.

_____ Eric. Era dos extremos: o breve século XX. Editora Companhia das Letras, 1995.

HOLT, James Clarke. Magna carta. Cambridge University Press, 1992.

KÖCHE, José Carlos. Fundamentos de metodologia científica. Editora Vozes, 2016.

LAGES, Cintia Garabini. Separação dos poderes: tensão e harmonia. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 58, 2008.

LA PORTA, Rafael. Judicial checks and balances. Journal of Political Economy, v. 112, n. 2, p. 445-470, 2004.

LINARES QUINTANA, Segundo V. Tratado de la ciencia del derecho constitucional. Argentino y comparado, v. 2, 1953.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MENDES, Conrado Hubner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, University of São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves De Castro; DA SILVA, Larissa Clare Pochmann. Acesso à Justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth a partir do Brasil 40 anos depois. Revistas ICDP, v. 41, n. 41, 2016.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de metodologia da pesquisa no direito. Saraiva Educação SA, 2009.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Ed. Coimbra. 2004.

PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. Revista de direitos e garantias fundamentais, n. 4, p. 13-44, 2008.

PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional um contributo para o estudo da sua origem e evolução. Coimbra: Coimbra ed. 1989.

REALE, Miguel. Política e Direito. Editora Saraiva, 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SÃO VICENTE, José Antônio Pimenta Bueno; KUGELMAS, Eduardo. José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente. Editora 34, 2002.

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

TUSHNET, Mark. Taking the Constitution away from the Courts. Princeton University Press, 2000.

UNGER, Roberto Mangabeira. Democracy realized: The progressive alternative. Verso, 1998

VÁRNAGY, Tomás. O pensamento político de John Locke e o surgimento do liberalismo. 2009.

VILLA, Marco Antonio. A história das constituições brasileiras. Leya, 2012.

WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. OUP Oxford, 1999.